

**Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito**

LUCAS DE SOUZA LINO DOMINGOS COSTA

**DIREITOS HUMANOS EM PERSPECTIVAS COMPARADAS: AS
DECISÕES BRASILEIRA E ITALIANA NO RECONHECIMENTO
DO DIREITO AO CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO
SEXO.**

*HUMAN RIGHTS IN COMPARATIVE PERSPECTIVES: THE BRAZILIAN AND ITALIAN
DECISIONS OF THE RECOGNITION OF GAY MARRIAGE.*

Brasília
2019

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

**DIREITOS HUMANOS EM PERSPECTIVAS COMPARADAS: AS
DECISÕES BRASILEIRA E ITALIANA DO RECONHECIMENTO
DO DIREITO AO CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO
SEXO.**

Autor: Lucas de Souza Lino Domingos Costa

Orientadora: Prof.^a. Dr.^a. Cláudia Rosane Roesler

Monografia apresentada como requisito
parcial a obtenção do grau de Bacharel,
no Programa Graduação da Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília.

Brasília, 10 de Julho de 2019.

FOLHA DE APROVAÇÃO

LUCAS DE SOUZA LINO DOMINGOS COSTA

Título do Trabalho

Monografia apresentada como requisito parcial a obtenção do grau de Bacharel, no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Aprovada em: 10 de Julho de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr^a. Claudia Rosane Roesler
(Orientador^a – Presidente)

Prof. Dr. Isaac Costa Reis
(Membro)

Me. Gabriel Soares Eugenio
(Membro)

Agradecimentos

Primeiramente a minha orientadora, professora Cláudia Rosane Roesler por toda a trajetória, dedicação e orientação ímpar. Gostaria de agradecer a banca, professor Isaac Costa Reis e ao mestre Gabriel Soares Eugenio pelas excelentes colocações a fim de aperfeiçoar o trabalho.

A minha família que tanta se sacrificou, em especial ao meu pai, chaveiro, e minha mãe que nunca desistiu de proporcionar um futuro melhor a nós e me acompanhou durante todo esse tempo. As minhas irmãs Tayana e Nathália por sempre me incentivarem a seguir meus sonhos. Aos sobrinhos lindos, GuiGui, Amanda e Murilo que são uma fonte inesgotável de alegria.

As minhas do Long Live, Carol, Débora, Kamila, Marina, Milena e Bibi. As minha amigas de gestão de Centro Acadêmico – Gestão Caliandra, pois sei que sempre conseguiremos florescer frente às intempéries. Aos meus amigos de gestões anteriores, em especial a Diego Nardi, Hugo, Nohara, João Victor e Aurélio.

Um agradecimento especial a Luna Ariela, Kami, Carol, Bibi, Carlos, Lira, Vini, Maria Paula, Hellen e Gabi pelas companhias mais que prazerosas e tão necessárias em diversos tempos. A Miguel, Gabriela, Ana, Kami e Débora pelas ajudas nos estágios.

Aos projetos que participei durante longo da graduação, UVE, Corpolítica, Advocatta e mais uma vez ao CADIR, ao seu modo, todos me ajudaram a amadurecer determinadas competências. Ao GPRAJ, meu melhor ambiente de ensino na UnB. Aos professores que tive a oportunidade de colaborar enquanto monitor, Lílian Almeida, Wilson e Diego. A professora Gabriela Neves Delgado pela empatia e ajuda em um momento difícil.

Por fim gostaria de dedicar o trabalho a Gecy e Guilherme Oliveira, meu coração sempre bate feliz quando me lembro de vocês. A todas e todos, meu muito obrigado!

FICHA CATALOGRÁFICA

Ficha catalográfica elaborada automaticamente,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

d L933d de Souza Lino Domingos Costa, Lucas
DIREITOS HUMANOS EM PERSPECTIVAS COMPARADAS: AS DECISÕES BRASILEIRA
E ITALIANA DO RECONHECIMENTO DO DIREITO AO CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO
MESMO SEXO. / Lucas de Souza
Lino Domingos Costa; orientadora Claudia Rosane Roesler. -- Brasília, 2019.
63 p.

Monografia (Graduação - Direito) -- Universidade de Brasília, 2019.

1. Teoria da Argumentação Jurídica. 2. Casamento entre pessoas do mesmo sexo. 3. Moral Social.
4. Direitos Humanos. 5. Direito Estrangeiro. I. Rosane Roesler, Claudia, orient. II. Título.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

COSTA, Lucas de Souza Lino Domingos (2019). DIREITOS HUMANOS EM
PERSPECTIVAS COMPARADAS: AS DECISÕES BRASILEIRA E ITALIANA
DO RECONHECIMENTO DO DIREITO AO CASAMENTO ENTRE PESSOAS
DO MESMO SEXO, Monografia Final de Curso de Direito, Faculdade de Direito,
Universidade de Brasília, Brasília, DF, número de páginas p .63

Sumário

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO I – A teoria da Argumentação Jurídica Contemporânea.....	16
1.1 A teoria da argumentação	16
1.2 A teoria da argumentação jurídica Standard	18
1.3 A teoria da argumentação de Manuel Atienza	20
CAPÍTULO II – Análise das decisões destacadas.....	26
2.1 Sentença n. 138 de 2010 da Corte Constitucional Italiana.....	28
2.2 Oliari e Outros vs. Itália do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.....	34
2.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 – Voto do Ministro Gilmar Mendes.....	38
2.4 A análise dos casos sob a teoria da argumentação de Atienza.....	44
CAPÍTULO III – Avaliação das decisões destacadas.....	48
3.1 Como analisar os casos destacados a luz da teoria Atienza.....	48
3.1.1 Sentença n. 138 de 2010 da Corte Constitucional Italiana	53
3.1.2 Oliari e Outros vs. Itália do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.....	56
3.1.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 – Voto do Ministro Gilmar Mendes.	57
3.2 Como argumentar nas decisões que tratam do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo?.....	58
CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	63

Resumo

Por vezes as cortes nacionais não desempenham o melhor papel no reconhecimento de problemas sociais e a falta de proteção jurídica dos mesmos. Dessa maneira é comum a existência de julgados de cortes internacionais que se sobrepõem as nacionais, já que, por inúmeros acordos e o reconhecimento das prerrogativas dos direitos humanos compartilhados a nível comunitário a seara internacional de decisões internas podem encontrar tensões entre o Direito Doméstico e Estrangeiro. Este estudo se propõe a analisar e avaliar julgados selecionados da Corte Constitucional Brasileira, da *Corte Costituzionale della Repubblica Italiana* e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos a fim de observar a dinâmica das cortes nestes casos. O marco teórico empregado é a Teoria da Argumentação adotada pelo Professor espanhol Manuel Atienza que em sua obra recentemente traduzida para o português “Curso de Argumentação Jurídica” é testada em um caso prático. Além disso, a teoria de Atienza busca o estudo da argumentação em suas três esferas (1) a formal (2) a material e (3) a pragmática. Neste sentido o caso italiano se torna paradigmático ao não reconhecer o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, em uma argumentação que revelou uma confluência atual do direito e a moral social. A Itália se viu coagida a assumir esta demanda como obrigação positiva por ocasião do julgamento do caso *Oliari and Others vs. Italy* no Tribunal de Direitos Humanos Europeu. Ao seu turno, o direito brasileiro experimentou uma oportunidade jurídico-argumentativa ao compreender como válido, a luz da Constituição de 88, o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo que, supostamente era tolhido pelo Código Civil através do julgamento da ADI 4.277.

Palavras-chaves: Teoria da Argumentação Jurídica, Casamento entre pessoas do mesmo sexo, Moral social, Direitos Humanos, Direito Estrangeiro.

Abstract

Occasionally the national courts do not play the best role in recognizing social problems and the lack of legal protection of them. In this way it is common to have international court judgments that overlap the national ones, since through numerous agreements and recognition of the human rights prerogatives shared at community level, the international court of domestic decisions may find tensions between domestic and foreign law . This study intends to analyze and evaluate selected judges of the Brazilian Constitutional Court, the Italian Constitutional Court and the European Court of Human Rights in order to observe the dynamics of the courts in these cases. The theoretical framework used is the Theory of Argumentation adopted by the Spanish Professor Manuel Atienza who in his work recently translated into Portuguese " Course of Legal Argumentation " is tested in a practical case. Moreover Atienza's theory seeks the study of argumentation in its three spheres (1) to formal (2) to material and (3) to pragmatics. In this sense the Italian case becomes paradigmatic in not recognizing the right to same-sex marriage, in an argument that revealed a current confluence of law and social morality. Italy was forced to assume this demand as a positive obligation at the time of the Oliari and Others vs. Italy at the European Court of Human Rights. In turn the Brazilian law experienced a legal-argumentative opportunity to understand as valid, in the light of the Constitution of 88, the recognition of same-sex marriage that supposedly was blocked by the Civil Code through the ADI judgment 4.277.

Keywords:

Theory of Legal Argumentation, Same-Sex Marriage, Social Morality, Human Rights, Foreign Law

Lista de Figuras

Figura 1 – Esquema de Atienza (Adaptado pelo autor) P.15

Lista de Tabelas

Tabela 1	– O esquema de Atienza aplicado ao caso: Sentença n. 138 de 2010 da Corte Constitucional Italiana	p.16-21
Tabela 2	– O esquema de Atienza aplicado ao caso: Oliari e outros vs. Itália do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.	p.22-26
Tabela 3	– O esquema de Atienza aplicado ao caso: Voto do Ministro Gilmar Mendes na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 do STF.	p.26-32
Tabela 4	– Doutrina nacional e estrangeira citada no Voto do Ministro Gilmar Mendes na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 do STF.	p.32-34

Lista de Acrônimos

<i>CIDH/OEA</i>	<i>Comissão Interamericana de Direitos Humanos</i>
<i>Const.</i>	<i>Constituição</i>
<i>LGBTQ+</i>	<i>Lésbicas, Gays, Bissexuais, pessoas Trans, Queers e qualquer outro indivíduo que não atenda a heterocissexualidade compulsória.</i>
<i>STF</i>	<i>Superior Tribunal Federal</i>
<i>TAJ</i>	<i>Teoria da Argumentação Jurídica</i>
<i>TEDH</i>	<i>Tribunal Europeu de Direitos Humanos</i>

INTRODUÇÃO

Através de uma sistemática histórico-dialética de pressão política e jurídica organizada contra os setores conservadores e reacionários das sociedades ocidentais, a comunidade LGBTQ+ tem vivenciado no começo do século XXI o sucesso de suas demandas. Assim, se faz importante destacar o que se compreende como a comunidade LGBTQ+. Em termos gerais, a comunidade LGBTQ+ pode ser conceituada como aquela em que todos os indivíduos que mesmo que não levantem voz direta as demandas do movimento organizado se desviam do padrão de relacionamento afetivo e/ou amoroso exclusivamente heterossexual e/ou cisgênero. Dessa maneira, inclui-se como pertencentes a este grupo social até mesmo heterocissexuais que através da sua vivência quotidiana se prestam a defesa dos direitos deste grupo. De início, as pessoas heterocissexuais que se identificavam através da empatia as demandas LGBTQ+ construindo diversos laços de sociabilidade, exerceram um importante papel de auxílio no pontapé na conquista de espaço junto a sociedade para que LGBTs pudessem estar a frente de suas causas.

Ainda hoje é sabido que, existem várias matérias a serem enfrentadas por esta minoria social, isto é, um grupo que enfrenta sistemáticas dificuldades em programar sua agenda política e o restauro da ordem jurídica em prol da efetivação democrática de direitos. Portanto o conceito de minoria social não está relacionado com a quantidade de indivíduos livres e dispostos socialmente e sim com uma noção de poder que estes indivíduos têm na formação do extrato comunitário de uma sociedade de valores e princípios comumente compartilhados. No Brasil, pode se afirmar que se reúnem em torno deste conceito as mulheres, a população negra, as comunidades indígenas, as pessoas deficientes, as pessoas hipossuficientes e a comunidade LGBTQ+, isto é, todos os indivíduos e grupos que não forem homens, brancos, heterossexuais e proprietários.

Neste sentido, a experiência democrática contemporânea tendencialmente tem acolhido demandas minoritárias, mais especificamente, na jovem democracia brasileira os julgados proferidos pelo STF no caso do Pacto de São José da Costa Rica, a constitucionalidade das cotas raciais em universidades e a interrupção de gravidez de fetos anencéfalos são casos emblemáticos no reconhecimento de direitos humanos. Ao que toca o poder estatal tripartido, sabe-se que o Poder Legislativo nem sempre foi o protagonista de mudanças expressivas na sociedade já que, como representante do que

idealmente seria "a vontade da maioria" muito dificilmente este poder é sensível as minorias sociais, por artifícios de poder e dinâmicas sociais próprias. Nesta alçada, como parte da teoria de pesos e contrapesos do Estado Moderno (Montesquieu, 2003) cabe ao judiciário atender demandas que, de acordo com o sistema jurídico sejam válidas. Dessa forma, o Judiciário nunca escreve leis, mas entrega a validade jurídica a um fato social reforçando seu significado frente às constituições.

Para além do reconhecimento estritamente local, os direitos humanos encontram uma afinidade na formação de uma comunidade ampla no reconhecimento de julgados e tratados de expressão internacional. As cortes de jurisdição supranacionais também são requisitadas para o oferecimento da argumentação jurídica sobre um determinado assunto e para orientar decisões em âmbito nacional. Cria-se, portanto, uma possível tensão entre o direito internacional e o doméstico.

Ao que tange as vias judiciais é importante destacar que, por vezes, cortes internacionais, por enxergarem algumas demandas de forma afastada exercem um papel diferenciado no reconhecimento de determinadas demandas, como, por exemplo, o caso Maria da Penha em que a CID/OEA orientou o Brasil a reconhecer um fato sócio-jurídico: o Estado brasileiro não oferecia o mínimo contra as violências de gênero e doméstica. Este tem sido um caso emblemático no que se trata a dinâmica entre corte internacional e nacional no reconhecimento de um direito ao Brasil.

Por sua vez, acerca dos direitos LGBTQ+, mais especificamente o direito ao casamento, nem todos os países passaram pelo mesmo processo na confecção deste direito. É notável a participação das Cortes Supremas na legitimação em alguns casos referentes ao objeto de estudo aqui proposto, o casamento entre pessoas do mesmo gênero. Até então as Cortes Constitucionais de países como Espanha, Canadá, África do Sul, Portugal, Brasil, Estados Unidos da América, Colômbia, Taiwan e Áustria tiveram um papel ímpar em reconhecer essa demanda. Por outro lado se destaca o papel da Corte Constitucional Italiana uma das primeiras a negar esta prerrogativa de direitos civis a comunidade LGBTQ+.

Em termos legais, o maior entrave ao direito de casamento e seus desdobramentos entre pessoas do mesmo sexo é a definição de família como instituição formada entre um homem e uma mulher, por consequência a possibilidade de casamento perpassa por este modelo. Dessa forma a edição dos códigos civis com esta

nomenclatura fundada no ideal judaico-cristão é excludente, arcaica, patriarcal e atemporal, pois só inclui uma possibilidade de família como uma continuação da prole e do patrimônio e exclui os fenômenos familiares contemporâneos que destoam deste padrão e que se afirma em rearranjos que não só heterossexuais ou monogâmicos, mas, por exemplo, entre apenas um genitor e seus filhos ou de mães ou pais e uma prole.

Considerando o exposto cabem investigações acerca de estruturas argumentativas e o funcionamento do constitucionalismo e direito multinacional a casos em que esta demanda obteve êxito ou fracasso. São emblemáticas as sentenças n. 138 de 2010 da Corte Constitucional Italiana, o julgado Oliari e outros vs. Itália do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e o voto do ministro Gilmar Mendes na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277, julgada em 2011.

A metodologia escolhida para a análise e avaliação das argumentações foi extraída do autor Manuel Atienza, contemporâneo da Teoria da Argumentação Jurídica. Em síntese, o autor apresenta como modelo de análise a confecção de um *Brief Case* com desdobramentos analíticos a partir disso. Com apoio em outros teóricos da TAJ, tal como MacCormick, é possível exercer uma avaliação dos argumentos selecionados. A metodologia de Atienza visa constituir uma estrutura argumentativa que consiga extrair as partes principais da argumentação do julgado, constituindo um raio-X dos argumentos apresentados pelos julgadores.

De um modo geral o estudo tem como limitações a tarefa já reconhecida por estudiosos da TAJ, como Cruz e Roesler, de conseguir desenvolver a aplicação de uma teoria da argumentação que aglutine o enfoque analítico-estrutural-pragmático, isto é como os argumentos são organizados, seu enfoque funcional no uso dos argumentos a princípios e regras e, por último, o de poder na argumentação, ou seja, a escolha de prevalência de alguns argumentos sobre outros¹.

A fim de realizar uma análise mais aprimorada sobre o comportamento dos tribunais nos casos selecionados, também foi realizada uma intersecção entre algumas dogmáticas jurídicas e a teoria da argumentação.

Assim, o primeiro capítulo desta monografia faz uma breve introdução aos estudos da teoria da Argumentação jurídica contemporânea, em seguida, o segundo capítulo se ocupa de avaliar decisões destacadas do reconhecimento do casamento entre

¹ CRUZ, Paulo Márcio e ROESLER, Claudia (Orgs.). Direito & Argumentação no pensamento de Manuel Atienza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. (Diálogos dos coautores com Manuel Atienza em cada capítulo).

peessoas do mesmo sexo da Corte Constitucional italiana, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal.

CAPÍTULO I - A teoria da Argumentação Jurídica Contemporânea

1.1 A teoria da argumentação

Preliminarmente a fim de se desenvolver um estudo sobre a argumentação, é necessário uma abordagem básica sobre esse tópico de pesquisa, para tanto foi realizada uma revisão bibliográfica do assunto a partir de um manual, o *Handbook of Argumentation Theory*, proposto pelo professor Van Eemeren e al. *et al.* Afirma o professor que Argumentar é uma atividade do quotidiano que ocorre a todo instante, todos os dias e em qualquer lugar. A argumentação é uma atividade do dia a dia que tende a surgir em um contexto de resposta ou antecipação de diferenças de opiniões. Entretanto, argumentar não é apenas opinar sobre um determinado assunto, é um exercício de formular proposições que estão sujeitas a estruturas de aceitabilidade e de interlocução com o objetivo de majorar uma ideia sobre outra².

Como uma disciplina acadêmica, a argumentação deve ser observada por um prisma analítico. Podem ser identificadas as características da argumentação e sua usabilidade a partir dos conhecimentos práticos que se pode extrair dessa ferramenta de eloquência.³ Tal como a afirmação de direitos.

Dessa maneira, Van Eemeren e al. cita os diferentes significados semânticos que a palavra *argumentation* pode assumir, ora como o processo argumentativo, ora como o seu produto final, o argumento. Assim defende o professor que a argumentação, para títulos de compreensão global, deve ser compreendida primeiramente como um ato comunicativo complexo, interacional e funcional que engloba diferentes movimentos comunicativos com objetivo de convencer. Além é claro, de ser uma entidade estrutural⁴.

Nem sempre os movimentos comunicativos são de natureza verbal. Ao que tange seu caráter interacional, defende o autor que a argumentação é um diálogo variável que pode ser explícito ou implícito, com destinatário específico ou para uma multidão, os argumentos são plásticos e podem ser mudados de forma e conteúdo a

² VAN EEMEREN E AL., Frans H. *et al.* **Handbook of Argumentation Theory**. Dordrecht: Springer, 2014, Cap. 1. Argumentation Theory. P. 2

³ Ibidem p. 3

⁴ Ibidem p. 3 - 5

partir do seu endereçamento, assim todas as razões de uma argumentação têm algum propósito específico⁵.

Em linhas gerais Van Eemeren e al. *et al.* defende que o estudo da argumentação se tornou uma gama de estudos bastante abrangente com diversas tradições intelectuais e apesar de constituir um escopo tão vigoroso de atuação as validações dos argumentos têm uma dimensão normativa, crítica e uma dimensão descritiva, empírica e na teoria da argumentação ambas as dimensões merecem atenção. Afirma o professor que um bom teórico da argumentação deve ser capaz de examinar descritivamente o discurso e também de maneira normativa, uma vez que, defende Van Eemeren e al. e al., os estudos da argumentação se enquadram como um ramo do que ele denomina de “pragmática normativa”⁶.

Portanto, o professor defende que a abordagem pragmática tem a capacidade de unir a dimensão descritiva e normativa da argumentação, sendo assim, é possível desenvolver uma visão crítica e empírica em torno do que se argumenta.

De acordo com o autor toda argumentação tem um plano de fundo filosófico. Este plano de fundo funciona com determinado conceito de razoabilidade que por sua vez determina a validade de um argumento. Enquanto que o estudo empírico se interessa nos atores do jogo argumentativo em uma abordagem de construir a persuasão, o estudo analítico da argumentação se apoia na construção dos argumentos por termos lógicos e por fim a pesquisa prática na teoria da argumentação se ocupa do estudo da qualidade argumentativa⁷.

Além do mais, o professor Van Eemeren e al. e al. aponta alguns conceitos básicos para que se compreenda a teoria da argumentação, são eles: falácia, estrutura argumentativa, esquema argumentativo, premissas inexpressivas e ponto de vista.

Segundo Van Eemeren *e al.*, quando se trata do processo argumentativo, um ponto de vista pode não estar disponível de maneira muito clara, dessa forma, os recursos argumentativos servem para clarear qual seja o ponto a ser protegido e verificar se o ponto de vista é cabal ao problema central de uma proposta defendida. O autor afirma que existe uma diferença entre ponto de vista e opinião, pois estes podem ser descritivos, avaliativos ou prescritivos, em todos os casos o ponto de vista pode ser

⁵ Ibidem p. 6-7

⁶ Ibidem p. 8

⁷ Ibidem p. 9-11

reconstruído e se afirmar perante a aceitabilidade sobre determinado assunto enquanto que a opinião está restrita a esfera privada do debate.⁸

Por sua vez, é sabido que no procedimento de confecção argumentativa alguns argumentos acabam por permanecer implícitos na prática de argumentar e isso, segundo o professor pode dificultar e/ou impossibilitar a resolução dos problemas nos quais a argumentação se prestou a resolver. A argumentação implícita é chamada de entinemática. Para tanto, sugere o professor holandês que se utilize o enfoque pragmático da argumentação para que se possam compreender determinadas premissas e conclusões disponíveis na atividade argumentativa. Deve-se, portanto, fazer um exercício de conhecimento de assuntos externos ao contexto em que aquela argumentação surge.⁹

Um dos tópicos mais estudados nas teorias da argumentação é a possibilidade de encontrar um padrão na atividade de argumentar. Existem vários estudos que surgem nesse sentido e diversos esquemas de argumentação foram traçados.

Dessa maneira, Van Eemeren *e al.* acredita que um esquema argumentativo é uma abstração, uma possibilidade de enquadramento de um ponto de vista argumentativo para que se verifique a validade dos argumentos trazidos a debate. É afirmado pelo autor que os esquemas argumentativos representam a legitimidade de uma premissa a um ponto de vista.¹⁰

É consenso entre os estudiosos da argumentação que falácias constituem um tema de estudo próprio da argumentação. Isso porque as falácias são argumentos que a primeira vista parecem verdadeiros, mas que, após uma análise minimamente aprofundada se mostram incorretos. O primeiro pensador a problematizar a existência de falácias foi Aristóteles que, tal como explanado por Van Eemeren *e al.*, fez uma lista com as falácias as classificando. Ademais, Aristóteles pensava as falácias não como inferências erradas e sim como questões a serem respondidas e enfrentadas no diálogo¹¹.

1.2 A teoria da argumentação jurídica Standard

A partir desse exposto preliminar, as concepções pretendem chegar a um único fim, encontrar instrumentos adequados para se analisar, avaliar e produzir argumentos.

⁸ Ibidem p 13-16

⁹ Ibidem p. 16-17

¹⁰ Ibidem p. 21-22

¹¹ Ibidem p. 24-25

Desse modo a fim de nos situarmos em relação a teoria da argumentação em uma perspectiva de espaço e tempo, sabe-se que os estudos em torno das atividades argumentativas existem desde a antiguidade clássica. O transcorrer da história tratou de desenvolver e aperfeiçoar esses estudos de maneira paradigmática até que as teorias da argumentação encontrassem uma percepção contemporânea própria.

Precisamente no Estado Constitucional argumentar é visto como exercício da cidadania, isso porque no Estado Constitucional a produção de normas está limitada e condicionada aos direitos fundamentais enquanto a forma de confecção legislativa requer um controle material calcado nos direitos fundamentais e por isso, no Estado constitucional prevalece a força da razão e não a razão da força.¹²

Neste rol de direitos de natureza cidadã proposta pelos Estados contemporâneos ocidentais, em que o Estado Constitucional se estabelece com vigor, se torna latente a prevalência da ideia de uma necessária ruptura do silêncio, da volatilidade histórica da moral e da produção do direito pelo debate público racional tendo como correção os princípios que operam o “giro linguístico” filosófico no direito¹³.

Dessa maneira, o estudo da argumentação dos tribunais se encontra como campo de conhecimento capaz de analisar e avaliar os acontecimentos da linguagem jurídica sob uma ótica de múltiplos tipos de argumentos, pelo convencimento, pela fala, pelos argumentos pragmáticos e principiológicos. Logo, os elementos da retórica também estão em destaque frente ao uso exclusivo da racionalidade jurídica que, mais recentemente, acreditava-se em sua possibilidade de pureza para afirmar o direito enquanto ciência.

Então a forma assumida neste campo de estudo encontrou nos dias atuais uma maneira de desenvolvimento não meramente formal do direito de normas hierárquicas, mas também em consideração a valores fundantes do ordenamento. Assim, com diversos autores espalhados pelo mundo de maneira atomizada contribuindo a sua maneira ao desenvolvimento dos estudos da argumentação, inaugurou o que ficou conhecido como estado da arte, ou Standard na produção do conhecimento argumentativo. Nos dias de hoje, é cabível pelo exposto compreender o impacto dos

¹² ATIENZA, Manuel. **Argumentacion Juridica Y Estado Constitucional**. Novos Estudos Jurídicos - v. 9 - n. 1. 2004 p .11 -12

¹³ NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. P. 26 - 27 e 46.

casos que exigem da tomada de decisão das cortes um modelo argumentativo principiológico e não somente normativo.

Tendo em vista estes postulados sobre a Teoria da Argumentação Jurídica Standard, é importante a escolha de um método de estudo que esteja atualizado e seja capaz de averiguar as relações argumentativas por, pelo menos, uma grande parte dos seus elementos. Prosseguimos então a uma breve explicação da teoria e metodologias que serão aplicadas as decisões judiciais do casamento entre pessoas do mesmo gênero do Brasil, da Itália e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, objeto de estudo desta monografia e local de fala deste escritor.

1.3 A teoria da argumentação de Manuel Atienza

O marco teórico da TAJ escolhido para este trabalho é a obra criada pelo professor catedrático de Filosofia do Direito na Universidade de Alicante, Manuel Atienza. Dentre os vários assuntos desenvolvidos pelo autor na seara jurídica está sua teoria da argumentação jurídica. A teoria da argumentação de Atienza é apresentada de maneira análoga as dogmáticas do direito, com uma parte geral e outra especial e foi traduzida recentemente para a língua portuguesa.

De início, uma das noções desenvolvidas pelo catedrático entusiasta de uma cooperação dos estudos da argumentação entre as línguas latinas é o empenho dos argumentos em três prismas, o da dimensão formal, de cunho material e o de dimensão pragmática. Assim, defende o autor, a representação de uma argumentação não inclui apenas a sua forma, sua estrutura, mas também as razões utilizadas em cada argumentação, isto é, o tipo de argumento utilizado, as conexões estabelecidas entre as razões que o formam, a análise de seu desenvolvimento.

Preliminarmente Atienza elucida que todo argumento tem uma forma que sofre correções da lógica aristotélica clássica. Esta forma de argumentar produz um resultado, um produto contendo três elementos, as premissas, as inferências e a conclusão. O professor espanhol explica que "pode-se considerar como forma de um argumento aquilo que fica quando se faz abstração do significado concreto das proposições que o compõem e do contexto em que se argumenta"¹⁴. Conclui o autor que nestes espaços as

¹⁴ ATIENZA, Manoel. **Curso de Argumentação Jurídica**. Trad. de Claudia Roesler - 1ª ed. - Curitiba: Alteridade 2017.p. 49

conclusões são ponderadas pelo *modus ponens*, ou seja, a regra de inferência que justifica a validade da passagem de premissas para as conclusões, indicando um estudo meramente processual dos enunciados de determinado discurso.

É dessa maneira que a lógica formal constrói um argumento que é " [...] formado precisamente da seguinte forma: a partir de um enunciado condicional e da afirmação de seu antecedente, pode-se derivar a afirmação do consequente"¹⁵. Ao que se percebe, a formalização clássica é uma moeda de duas faces, de forma organizativa ela é importante, uma vez que, segundo o próprio autor, consegue eliminar problemas de imprecisão, mas, por outro lado, nem sempre a lógica formal é suficiente para explicar esse funcionamento orgânico dos argumentos, por vezes são adotados enunciados de lógica informal em que a conclusão extraída, não é exata como seria pela lógica geral.

Assim, a lógica informal se estabelece como uma lógica muito próxima ao direito já que se criam condicionantes que ultrapassam a lógica formal e alcança conclusões próprias de sistemas normativos que, por vezes, decorre do poder. De todo modo, as lógicas aqui mencionadas são limitadas e por isso mesmo existem várias categorias lógicas a fim de se apurar validade e legitimidade argumentativa. Consequentemente os argumentos da seara jurídica são classificados de maneira específica e são destacadas por duas categorias, a primeira se refere a produção do direito em si e sua aplicação, já a segunda diz respeito a questões normativas e ao caráter fático jurídico. Para o catedrático espanhol, o argumento mais desenvolvido no direito e de tipo do silogismo subsuntivo, isto é, a dedução de haver duas premissas que geram uma conclusão. Assim ocorre a tradicional forma de se verificar a possibilidade do argumento estar de acordo com o ordenamento jurídico, que no caso representa o seu critério máximo de validade¹⁶.

É sabido que, como já mencionado, não existem somente classes de argumentos jurídicos, mas também de argumentos de diversas outras naturezas. Ademais Atienza esclarece que para além da dedução existe a indução e a abdução. A primeira se refere a um argumento conclusivo derivado de indícios enquanto que o segundo é uma subclasse da indução pois é utilizado para conjecturar uma conclusão.¹⁷ Assim, também é possível verificar esses tipos de passagem de premissas a conclusões, embora não sejam de um todo o ideal, uma vez que incorrem de impressões mais objetivas.

¹⁵ Ibidem p. 50

¹⁶ Ibidem p. 52 - 57

¹⁷ Ibidem p. 57-59

Ainda enquanto a classe dos argumentos o professor espanhol faz algumas considerações sobre as relações entre os problemas jurídicos e sua relação aos problemas normativos, em suma, Atienza afirma que “Com relação aos problemas normativos, os argumentos mais característicos parecem ser os seguintes: o argumento a contrario sensu, o argumento a pari ou por analogia, o argumento a fortiori (no qual frequentemente se distinguem duas outras formas: de maior ou menor - a maiori ad minus - e de menor a maior - a minori ad maius) e o argumento de redução ao absurdo.”¹⁸.

De forma resumida explica o autor “Utiliza-se o argumento a contrario sensu (ou pode-se utilizar, já que cumpre também outras funções) para evitar estender uma determinada consequência jurídica a um caso não previsto explicitamente por uma norma”¹⁹. As formas analógicas de argumentos tem como função a aplicação de normas com a reconstrução das premissas, já as formas *a fortiori* servem para o reforço de outros argumentos, por fim informa Atienza que argumentos de redução ao absurdo são utilizados para descartar determinada interpretação de uma norma.²⁰

Apresentada a esfera formal dos argumentos, prosseguiremos ao enfoque material. O professor espanhol esclarece que esta dimensão argumentativa está focada nas premissas e nas conclusões, mais precisamente em seu conteúdo e não na passagem das premissas as conclusões. Por isso, sob o aspecto material, o critério de correção material da argumentação está na ocorrência de verdade dos fatos.²¹.

A esfera material da argumentação envolve uma relação entre o peso dos argumentos, o valor que estes podem tomar em uma decisão. Aqui se tem um enfoque sobre os argumentos que prevalecem sobre outros em razão do seu peso em uma tomada de decisão. Atienza aponta que diversos autores se dedicaram a esses estudos e um em específico chama a atenção as problemáticas deste objeto de pesquisa, Ronald Dworkin.

Em síntese o uso dos princípios proposto por Dworkin em *Levando os direitos a sério* postula que quando estamos diante de um caso difícil norteado por dois princípios gerais do direito um dos princípios é mais adequado do que o outro para se decidir sobre o caso sem que isso invalide o princípio em colisão que não é aplicado no caso com considerações decisórias.

¹⁸ Ibidem p. 60

¹⁹ Ibidem p. 60

²⁰ Ibidem p. 60 - 61

²¹ Ibidem p.69 - 70

Segundo Atienza, Dworkin foi capaz de elaborar uma teoria capaz de articular de maneira argumentativa o papel dos princípios e seu desempenho em diversos tipos de normas jurídicas.²² Por este motivo parece a teoria de Dworkin muito alinhada com a ideia da Teoria Standard .

A consideração dos argumentos pelo enfoque material estreita uma relação entre a relevância de determinadas premissas e a conclusão pelo seu conteúdo de veracidade. Atienza apresenta três componentes a “aplicabilidade: no silogismo subsuntivo, é necessária uma premissa normativa geral que seja de aplicação - na qual se encaixe os fatos [...] a interpretação: que uma premissa, normativa ou fática, seja ou não relevante depende de que se tenha chegado a ela mediante um processo adequado de interpretação [...] Finalmente, a relevância depende também de que o enunciado nas premissas resulte válido, em um sentido amplo da expressão.”²³.

No tocante do enfoque material as razões jurídicas e as razões morais formam uma unidade do raciocínio prático. Desse modo, alerta Atienza que o raciocínio moral que “parece estar regido unicamente por razões substantivas”²⁴. Entretanto reconhece que os argumentos morais como respaldam as decisões jurídicas é uma consequência da razão prática, porém os argumentos morais devem ser razões últimas dos argumentos práticos, embora estejam sempre operando em conjunto.²⁵

Ao que se verificam as dimensões formais e materiais compõem um aparato de progresso e validade dos argumentos. A fim de completar o enfoque dos argumentos resta evidente a necessidade de se tratar sobre os elementos dialéticos e retóricos da argumentação, isto é, seus elementos práticos.

Para além do *giro linguístico*, o professor espanhol nos apresenta o “*giro pragmático*”, isto é, o enfoque dado na contemporaneidade pelos estudos das humanidades segue em uma relação íntima com a língua, o uso da linguagem e seus interlocutores como protagonistas das praxes argumentativas. Esta concepção já fora observada, por exemplo, com Aristóteles em “*Tópicos e Refutações Sofísticas*” e em “*A Retórica*”.²⁶

Dando continuidade a este assunto, a teoria da argumentação que propõem Atienza ao que tange o aspecto pragmático se divide novamente em três perspectivas: a

²² Ibidem p. 70

²³ Ibidem p. 79 - 80

²⁴ Ibidem p.82

²⁵ Ibidem p. 83 - 84

²⁶ Ibidem p. 85

lógica que está presente em todos os enfoques do estudo argumentativo, a dialética e a retórica. Atienza assevera que o debate dialético é caracterizado pelo papel ativo entre os interlocutores, ambos assumem uma natureza ativa da fala, assim o discurso tende a ser mais curto, filosófico e regido por normas de comportamento, enquanto que na retórica apenas uma das partes desempenha papel enérgico na fala, os discursos tendem a ser mais longos se comparados com os dialéticos, estão mais próximos a literatura e a política, além de estarem diretamente apontados para a persuasão. Em síntese, da forma como os processos acontecem, os discursos jurídicos são uma mescla desses dois tipos em que se alternam momentos processuais em que ora prevalece o discurso dialético, ora o retórico prevalece.²⁷

Além das divisões já mencionadas, a atividade retórica se divide em fases próprias: *inventio*, *dispositio*, *elocutio*, *memoria* e *actio*. Na primeira fase, a *inventio*, tem-se o objetivo de fixar o estado de causa para encontrar o argumento que será usado. Já a segunda, chamada de *dispositivo* consiste no processo organizacional do discurso em partes. Na terceira fase, a *elocutio* tem-se a apresentação do discurso de maneira tal que alcance seu objetivo de fato, a persuasão. As duas últimas, *memoria* e *actio* são menos relevantes e se relacionam com memorização do discurso e linguagem corporal.²⁸.

Todo o exposto até agora é um resumo do que é a parte geral da teoria da argumentação proposta por Manuel Atienza. Em termos didáticos, as divisões propostas por Atienza servem basicamente como um suporte para a atividade analítica e avaliativa dos argumentos. Na prática, quando argumentamos é comum a percepção de que esses elementos estão dispostos de maneira muito aglutinada entre si, então, para que se possa realizar uma análise e/ou uma avaliação de uma argumentação ou de uma decisão jurídica o discurso deve ser desmembrado, percebido por uma ótica que seja capaz de examinar e diagnosticar a declaração ou a denegatória de um direito, portanto, a parte geral proposta pelo autor tem como serventia a exposição e a mensuração do espectro argumentativo do direito.

Após todo o considerado se faz necessário o estudo de caso prático jurídico para que seja feita a acuidade argumentativa própria do direito. Nesta situação foram selecionados casos emblemáticos que versam sobre o casamento entre pessoas do

²⁷ Ibidem p. 88 - 90

²⁸ Ibidem p. 92 - 94

mesmo sexo em cortes de sistema romano-germânico caracterizado principalmente pela codificação dos direitos.

CAPÍTULO II - 2. A representação dos argumentos das decisões do casamento entre pessoas do mesmo sexo, na Itália, no Brasil e no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

Anteriormente a parte geral da teoria de Atienza fora apresentada a fim de introduzir conhecimentos básicos da teoria da argumentação. Estes conhecimentos servem *a priori* para se estabelecer um plano de fundo comum à compreensão do funcionamento da argumentação.

Assevera Atienza que os enfoques da argumentação dispostos em sua teoria suscitam questões de ordem práticas como: 1. Como analisar argumentos jurídicos? 2. Como avaliar a argumentação Jurídica? 3. Como argumentar juridicamente? Na intenção de sanar essas questões o autor afirma que, na prática essas questões são esclarecidas de forma concomitante, mas que pode ser útil separá-las para torná-las mais compreensíveis restando as duas primeiras perguntas analisadas de maneira posterior a argumentação enquanto que a última poderá ser feita de forma anterior²⁹ afinal, a argumentação serve para antecipar a solução a uma situação conflituosa.

Pelo motivo apresentado acima, o autor propõe um método que está baseado na utilização da representação dos argumentos. A contribuição dada por Atienza vêm em um sentido crítico as teorias de MacCormick e Alexy, pois o professor espanhol acredita que a parte analítica dessas duas teorias focam apenas no resultado da argumentação e pouco no processo argumentativo.³⁰

Assim, Atienza conclui que a melhor forma de representar os argumentos é mediante o enfoque pragmático. Inicia-se então o entendimento de que a argumentação seguirá um fluxo em que os argumentos serão tratados para serem formalmente, materialmente e pragmaticamente conhecidos. O professor propõe como método de análise dos argumentos um diagrama que é composto por setas e símbolos de valoração. A representação gráfica de Atienza tem como plano de fundo a junção dos esquemas de Toulmin e Wigmore.³¹

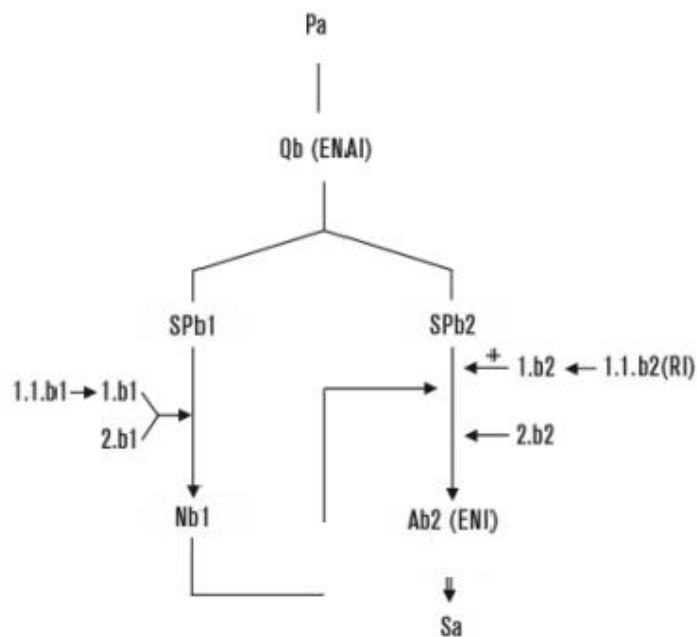
Por vezes, o esquema não é verificado por todos os elementos teóricos uma vez que a representação trazida em seu livro trata de uma situação hipotética de direito penal

²⁹ Ibidem p. 99

³⁰ Ibidem p. 100 - 101

³¹ Ibidem p. 101 - 103

com uma série de desdobramentos. Com relação ao objeto aqui analisado não existe a hipótese completa de argumentação oferecida por Atienza em seu esquema clássico em virtude da temática não englobar a necessidade de um enunciado fático a ser provado. As questões que dizem respeito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo envolvem a interpretação de um enunciado normativo, por isso este diagrama foi adaptado e na projeção só aparece o que é tratado no lado esquerdo do modelo. Dessa forma o diagrama é apresentado e explicado pelas palavras do próprio autor:



“A argumentação se inicia com a colocação de um problema, representado pela letra maiúscula *P*, que possui um conteúdo proposicional *a*. [...] A partir daí, a argumentação divide-se em dois ramos, o que significa que a solução do problema depende de duas questões (cada uma representada pela letra *Q*, que antecede a letra proposicional). A da esquerda é do tipo interpretativo: como deve ser entendido o conteúdo proposicional *b*, que representa um enunciado normativo a ser interpretado (é o que indicam as letras que aparecem entre parênteses - ENAI, após a letra proposicional). [...] A questão da esquerda (a questão interpretativa - suscita duas suposições (*SP*), ou seja, esse enunciado pode ser entendido de duas maneiras: como *b1* ou como *b2*. A primeira suposição é negada (*Nb1*) por um argumento complexo, composto de três razões: *1.b1* e *2.b1* são razões (cada uma delas é uma razão, porém não completamente independentes entre si) a favor da passagem da suposição de *b1* a sua negação. E *1.1b1* é uma razão exclusivamente a favor de *1.b1*. Por sua vez, a negação de *b1* é também uma razão para afirmar a interpretação contrária: *Ab2*. No entanto, aqui surgem duas outras razões, completamente independentes entre si, para confirmar a interpretação cogitada no início: uma delas é *1.b2*, a favor da qual há uma outra razão, *1.1.b2*, que é uma regra de interpretação. O sinal ‘+’ que aparece sobre a seta indica que esta é uma razão para qual o argumentador atribui um peso considerável. A outra razão,

2.b2, apresenta um argumento simples, independente, a favor da passagem de *SPb2* para *Ab2*.”³²

O fluxograma completo foi pensando para uma compreensão geral de um caso argumentativo, em síntese é uma representação em *briefing case*. O esquema consegue destacar os argumentos que foram mais relevante para a formação da *ratio decidendi* no espectro argumentativo do direito. É importante notar que nem sempre todos os elementos da suposição constarão na esquematização dos casos selecionados como já foi explicado, há, portanto, uma possibilidade de simplificar seus elementos.

Assim sendo, o autor faz uma breve apresentação das partes que compõem a argumentação pelo caso proposto como a narração do caso, os contextos de surgimento dos problemas jurídicos, as questões e subquestões que dependem da solução, as respostas a essas questões, as razões de fundamento das respostas, a solução do problema e a decisão.³³

Logo, considerando todo o exposto metodológico aos casos selecionados, será feita uma leitura das decisões sob o prisma do *brief case* esquematizado por Atienza, a fim de privilegiar o desenvolvimento dos argumentos e verificar, por exemplo, se elementos de direito estrangeiro constituem argumentos notáveis nas sentenças selecionadas.

2.1 Sentença n. 138 de 2010 da Corte Constitucional Italiana.

Julgada em 2010, a decisão da Corte Constitucional italiana é um dos marcos negativos a declaração de possibilidade de lésbicas e gays contraírem casamento. O caso se tornou importante porque foi um dos primeiros a serem julgados mundo a fora com a declaração de negativa de direito. Assim a representação dos argumentos pela metodologia proposta por Atienza pode ser esquematizada:

Pa	"O tribunal de Veneza em decisão indicada em epígrafe, suscitou, em referência aos artigos 2,3,29 e 117, primeiro parágrafo, da Constituição ³⁴ , questão de legitimidade constitucional dos artigos 93, 96,
----	---

³² Ibidem p . 105

³³ P.108 - 109

³⁴ Respectivamente: Art. 2 A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, quer como ser individual quer nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade, e requer o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, económica e social. Art. 3 Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem discriminação de sexo, de raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais. Cabe a República remover os obstáculos de ordem social e económica que, limitando de facto a liberdade e a igualdade dos cidadãos,

98, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis do código civil "na parte em que, sistematicamente interpretada, não há permissão que pessoas de orientação homossexual possam contrair casamento com pessoas do mesmo sexo [...] A Corte de apelações de Trento com outra jurisdição indicada em epígrafe, suscitou o entendimento em referência aos artigos 2, 3, e 29 da Constituição, questões de legitimidade constitucional dos artigos 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis do código civil³⁵, na parte em que avaliou não consentindo aos indivíduos contrair matrimônio com pessoas do mesmo sexo." (LA CORTE COSTITUZIONALE - SENTENZA N. 138 ANNO 2010, p. 19. Tradução livre)

Qb (ENAI) O casamento entre pessoas do mesmo sexo seria possível no sistema jurídico italiano?

SPb1 Hipótese de admissibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo

impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, económica e social do País. Art. 29 A República reconhece os direitos da família como sociedade natural fundada no matrimônio. O matrimônio é baseado na igualdade moral jurídica dos cônjuges, com os limites determinados pela lei para a garantia da unidade familiar. Art. 117 O poder legislativo é exercido pelo Estado e pelas regiões no respeito da Constituição assim como pelos vínculos provenientes do ordenamento comunitário e das obrigações internacionais.

³⁵ Respectivamente: Art. 93 - Publicação - A celebração do casamento deve ser precedida pela publicação a ser realizada pelo cartório, Art. 96 O requerimento da publicação deve ser feita por ambos os cônjuges ou por alguém que tenha recebido procuração, Art. 98 O cartório que acredita não poder proceder a publicação deve lavrar documento indicando os motivos da recusa. Contra a recusa é cabível recurso ao tribunal, que decide em câmara após a opinião do Ministério Público, Art. 107 No dia indicado pelas partes o cartório, com a presença de duas testemunhas, permitidas serem parente, fará leitura dos artigos 143, 144 e 147: recebem das partes, uma depois a outra, a declaração de vontade em constituir marido e mulher, em seguida declara que estão unidos em casamento. A certidão de casamento deve ser preenchida imediatamente após a celebração. Art. 108.- Indisponibilidade de termos e condições - As declarações dos esposos de se declararem respectivamente em marido e mulher não pode ser submetida nem a termo nem a condição. Se as partes adicionarem um termo ou uma condição, o cartório não poderá proceder a celebração do casamento. Caso não haja algum desses impeditivos, o casamento é celebrado, o termo e as condições não podem ser colocados, Art. 143 - Direitos e Deveres recíprocos dos cônjuges - Com o casamento o marido e a mulher adquirem os mesmos direitos e assumem os mesmos deveres. Do casamento deriva a obrigação recíproca da fidelidade, a assistência moral e material, a colaboração nos interesses da família e da coabitação. Ambos os cônjuges são obrigados, cada um em suas capacidades de trabalho profissional ou doméstico em contribuir para as necessidades da família, 143-bis - O sobrenome da mulher - A mulher adiciona ao próprio sobrenome o de seu marido e o mantém durante o estado de viuvez ou até que ela contraia novo casamento, 156-bis - Guarda unilateral e guarda compartilhada - O juiz pode dispor a guarda dos filhos a um só genitor, caso seja considerado, em decisão motivada, que os interesses de um dos genitores é contrário aos da criança. Qualquer um dos genitores pode, em qualquer momento, pleitear a guarda exclusiva quando forem suscitadas as condições no primeiro parágrafo. O juiz, se acolher a demanda, dispõe a guarda unilateral imediatamente ao progenitor, poupando, na medida do possível, os direitos da criança previstos no primeiro parágrafo do artigo 155. Se a demanda resulta em manifestadamente infundada, o juiz pode considerar a perda da guarda unilateral, permanecendo a aplicação das consequências penais do artigo 96 do código de processo civil. (Tradução livre)

na Corte Italiana.

1.b1 "O tribunal Veneziano se refere aos argumentos dos litigantes, os quais revelaram que, no ordenamento vigente, não existiria uma noção de casamento, nem sua proibição expressa entre pessoas do mesmo sexo" (LA CORTE COSTITUZIONALE - SENTENZA N. 138 ANNO 2010, p. 18. Tradução livre)

1.1.b1 "Os recorrentes apelaram para a Constituição e a Carta de Nice, ressaltando que a interpretação literal do código civil, frente a negatória ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, seria constitucionalmente ilegítima com particular resguardo aos artigos 2, 3, 10, segundo parágrafo, e 29 da Const. " (LA CORTE COSTITUZIONALE - SENTENZA N. 138 ANNO 2010, p. 18. Tradução livre)

2.b1 Entretanto citando o Tribunal de Veneza a Corte Constitucional diz: "O instituto do matrimônio, como previsto no atual ordenamento italiano, se refere indiscutivelmente somente a pessoas de sexo diferentes. Nota-se pelo Tribunal o claro teor das disposições do código civil, reguladores do instituto em questão, não permitiria estendê-lo também a pessoas do mesmo sexo. Se trataria de uma pressão não consentida aos juízes (diversas daquelas constitucionais), <<frente a uma consolidada e ultra milenar noção de casamento como união de um homem e uma mulher>>" (LA CORTE COSTITUZIONALE - SENTENZA N. 138 ANNO 2010, p. 18. Tradução livre)

NB1 "Isto posto, o Tribunal de Veneza, partindo da compreensão de que o direito de se esposar constitui um direito fundamental, reconhecido em nível supranacional e em âmbito nacional (art. 2 Const.), ilustra a censura referente a diversos parâmetros constitucionais invocados, prevalecendo o entendimento sobre a questão levantada de forma manifestamente infundada, porque a aplicação das regras apontadas não pode ser superada pelo caminho lógico-jurídico na conclusão final do caso." (LA CORTE COSTITUZIONALE - SENTENZA N. 138 ANNO 2010, p. 19). Por sua vez, a corte de Apelações de Trento " passa ao exame de constitucionalidade, por via subordinada proposta pelos reclamantes, desenvolvendo, em relação as censuras propostas ,

considerações análogas aquelas expostas pelo Tribunal de Veneza" (LA CORTE COSTITUZIONALE - SENTENZA N. 138 ANNO 2010, p. 19 Tradução livre)

SPb2 "A questão sustentada pelas duas jurisdições de referência, ao que tange artigo 2. da Const. deve ser declarada inadmissível, pois visa obter uma pronúncia aditiva não constitucional obrigatória." (LA CORTE COSTITUZIONALE - SENTENZA N. 138 ANNO 2010, p. 20 Tradução livre)

+1.b2 "O instituto do casamento civil, como previsto no ordenamento italiano se refere apenas as uniões estáveis entre um homem e uma mulher. Esta afirmação emerge não somente das normas censuratórias, mas também da disciplina de filiação legítima (artigos 231 e seguintes do código civil com particular resguardo as ações de desconhecimento de paternidade art. 235, 244 do mesmo código) e de outras normas, entre as quais, a título de exemplo, se pode mencionar o art. 5, primeiro e segundo parágrafo da lei 1 de dezembro 1970, n. 898 (Disciplina dos casos de dissolução de casamento) bem como da normativa em matéria de ordenamento de estado civil. (LA CORTE COSTITUZIONALE - SENTENZA N. 138 ANNO 2010, p. 20. Tradução livre)

1.1.b2 (RI) "Em essência, a inteira disciplina do instituto, contida no código civil e na legislação especial, postula a diversidade de sexo dos cônjuges, em âmbito de <uma consolidada e ultramilenar noção de casamento> como revela a jurisdição do Tribunal de Veneza. " (LA CORTE COSTITUZIONALE - SENTENZA N. 138 ANNO 2010, p. 20) " O art. 2 da Const. dispõe que a república reconhece e garante o direito inviolável do homem, seja como indivíduo, seja nas formações sociais onde se desenvolve sua personalidade e exige o adimplemento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social. Contudo, por formação social deve se entender cada forma de comunidade, simples ou complexa, adaptada a consentir e ajudar o livre desenvolvimento da pessoa em seus inter-relacionamentos em contexto de valorização do modelo pluralístico. Tal noção inclui também a união homossexual, entendida como de convivência estável entre duas pessoas

do mesmo sexo, em que cabe o direito fundamental de viver livremente como um casal, conseguindo - nos tempos, nos modos e nos limites estáveis da lei - o reconhecimento jurídico com os mesmo direitos e deveres. Se deve excluir, todavia, que a aspiração a tal reconhecimento - que necessariamente postula uma disciplina de caráter geral, a fim de regular direitos e deveres dos componentes do casal - que possa ser realizada apenas através da equiparação das uniões homossexuais para o matrimônio. É suficiente o exame, não exaustivo, das legislações dos países que acabaram reconhecendo as uniões em discussão para verificar a diversidade das escolhas tomadas. " (LA CORTE COSTITUZIONALE - SENTENZA N. 138 ANNO 2010, p. 21. Tradução livre)

2.b2 "Portanto, deriva disso que no âmbito de aplicação do artigo 2º da Const. é reservado ao parlamento no exercício da sua plena discricionariedade, individual e formas de garantia e de reconhecimento pelas uniões em questão, restando reservada a Corte Constitucional a possibilidade de intervir na tutela de situações específicas " (LA CORTE COSTITUZIONALE - SENTENZA N. 138 ANNO 2010, p. 21 Tradução livre)

Ab2 (ENI) " Este significado do preceito constitucional não pode ser superado por via hermenêutica, porque não se trataria de uma simples releitura do sistema ou de abandonar uma mera frase interpretativa, mas seria como proceder a uma interpretação criativa. Deve-se reiterar, então, que a norma não leva em consideração as uniões homossexuais, destina-se apenas ao casamento no significado tradicional deste instituto" " (LA CORTE COSTITUZIONALE - SENTENZA N. 138 ANNO 2010, p. 22-23) "[...] a Carta de Nice foi recepcionada pelo tratado de Lisboa, modificativo do Tratado sobre a União Europeia e do Tratado que a comunidade europeia, válido a partir de 1º de Dezembro de 2009. Assim, o novo texto do artigo 6, parágrafo 1, do Tratado da União europeia, introduzido pelo Tratado de Lisboa, prevê que << A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios inscritos na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 7 de Dezembro de 2000

adotada em 12 de dezembro em Estrasburgo, com o mesmo valor jurídico dos tratados" (LA CORTE COSTITUZIONALE - SENTENZA N. 138 ANNO 2010, p. 25.)

- As**
- a) Declara: inadmissível, em referência aos artigos 2 e 117, primeiro parágrafo, da Constituição, a questão de constitucionalidade dos artigos 93,96,98,107,108, 143, 143-bis, 156-bis do código civil, levantados pelo Tribunal de Veneza e da Corte de Apelação de Trento com as ordenações indicadas em epigrafe;
 - b) Declara: não fundada, em referência aos artigos 3 e 29 da Constituição a questão de legitimidade constitucional dos artigos supra indicados do código civil levantado pelo Tribunal de Veneza e pela Corte de apelação de Trento com as mesmas ordenanças. (LA CORTE COSTITUZIONALE - SENTENZA N. 138 ANNO 2010, p. 26)

(O esquema de Atienza aplicado ao caso: Sentença n. 138 de 2010 da Corte Constitucional Italiana.
Elaborado pelo autor)

A prima vista se apura, ao adaptar a sentença em questão ao esquema de análise, que nos é evidenciado que o problema apontado pela Corte Constitucional na Itália está intimamente relacionado em uma relação híbrida entre o jurídico e o moral. Vista em sua parte geral, Atienza alertava para a possibilidade dessa confluência.

A Corte em questão, sob o argumento do artigo 2º da Constituição italiana não se vê obrigada e disposta a solucionar o caso de acordo com uma declaração positiva de direitos. Entretanto em alguns outros argumentos são invocados algumas pistas do forte caráter moral da decisão em especial no que tange a noção ultramilenar de casamento.

Este é um recurso argumentativo sorrateiro, já que revela uma decisão conservadora do sistema jurídico italiano, com o objetivo de cristalizar a noção do casamento entre uma união unicamente pautada pela diferenciação de sexos, em um modelo rígido e excludente da percepção do casamento entre pessoas do mesmo sexo e para o reforço da visão tradicional judaico-cristã sobre o resguardo de uma leitura forçosa sobre o modelo social de família e passagem de patrimônio ao longo das gerações.

Atienza explica que o raciocínio jurídico não está completamente apartado do de caráter moral, mas que as regras jurídicas têm que poder estar justificadas por razões morais. Apesar dessa dinâmica entre o raciocínio jurídico e o moral, o autor completa admitindo que determinados enunciados jurídicos que gozam de uma moral justificada

não podem ser utilizados na argumentação jurídica, que é o que parece ser o caso, pois nessa situação o assentamento moral de justificação não leva em consideração uma estabilidade social pautada na noção de democracia contemporânea e sim uma situação de exclusão e conflito.

2.2 Oliari e Outros vs. Itália do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Este é o julgado que forçou a Itália a reconhecer que o Estado deveria oferecer algum tipo de proteção as uniões de pessoas do mesmo sexo. O TEDH tem jurisdição nos países que integram o Conselho da Europa, órgão que dentre outras tarefas tem como objetivo a defesa dos direitos humanos. Após a esquematização do caso a decisão pode ser lida da seguinte maneira:

Pa	Em ocasiões passadas diversas cortes italianas, incluindo a constitucional, negaram a possibilidade de casamento a casais lésbicos e gays. Ademais as leis italianas não eram claras quanto a possibilidade de haver alguma garantia similar ao casamento, como a união civil.
Qb (ENAI)	A Itália pode se eximir de regular alguma forma de reconhecimento a casais do mesmo sexo?
SPb1	"Pelas regras de direito interno italiano, pessoas do mesmo sexo não têm permissão para se casar como afirmou a Corte Constitucional no julgamento de nº 138 [...] O mesmo afirmou a Corte de Cassação italiana no julgamento nº 4184 de 15 de Março de 2012 em que dois cidadãos italianos se casaram na Holanda e processaram a recusa das autoridades italianas de registrar o seu casamento no estado civil declarando que o ato <i>"não tem configurabilidade de casamento"</i> . A corte de cassação italiana concluiu que os reclamantes não tinham o direito de registrar o seu casamento, não porque não o existiria ou fosse inválido, mas por conta da sua incapacidade de produzir qualquer efeito jurídico na lei italiana" (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS - GRAND CHAMBER - CASE OF OLARI AND OTHERS V. ITALY P. 6. tradução livre).
1.b1	" O direito interno italiano não prevê qualquer união alternativa ao

casamento, seja para casais homossexuais ou para casais heterossexuais sendo que os casais homossexuais não têm o casamento reconhecido" (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS - GRAND CHAMBER - CASE OF OLIARI AND OTHERS V. ITALY P. 8. Tradução livre).

1.1.b1 -Não encontrado-

2.b1 " No entanto, algumas cidades estabeleceram registros de "uniões civis" entre pessoas solteiras do mesmo sexo ou de sexos diferentes entre outras as cidades de Empoli, Pisa, Milão, Florença e Nápoles. Contudo, o registro dessas uniões de casais não casados só tem valor meramente simbólico" (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS - GRAND CHAMBER - CASE OF OLIARI AND OTHERS V. ITALY P. 8. Tradução livre).

NB1 " Mais recentemente, no caso concernente a recusa a questão do casamento do mesmo sexo, a corte de cassação, no seu julgamento nº 2.400/15 de 9 de fevereiro, rejeitou o pedido da reclamante considerando o direito nacional e internacional concluindo que - enquanto os casais do mesmo sexo tiveram que ser protegidos sob o artigo 2 da Const. italiana e que era esperado que o legislador tomasse medidas para assegurar o reconhecimento da união dessas pessoas como casais - a abstenção ao casamento de pessoas do mesmo sexo não é incompatível com a aplicação da lei interna e internacional de direitos humanos [...] o problema nesse situação legal é o de que o sistema não disponibiliza alguma outra forma de união que seja o casamento." (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS - GRAND CHAMBER - CASE OF OLIARI AND OTHERS V. ITALY P. 8-9. Tradução livre)

SPb2 "Embora o objetivo essencial do Artigo 8 seja proteger as pessoas contra a interferência arbitrária de autoridades públicas, podem também impor ao Estado certas obrigações positivas para assegurar o respeito efetivo dos direitos protegidos pelo art. 8 (vê, entre outros *judgados*, *X and Y v. the Netherlands*, 26 March 1985, § 23, *Series A no. 91*; *Maumousseau and Washington v. France*, no. 39388/05, § 83, 6 December 2007; *Söderman v. Sweden [GC]*, no. 5786/08, § 78, *ECHR* 2013; and *Hämäläinen v. Finland [GC]*, no. 37359/09, § 62, *ECHR* 2014). Essas

obrigações podem envolver a adoção de medidas destinadas a assegurar o respeito pela vida privada ou familiar, mesmo no âmbito das relações dos indivíduos entre si. (vê, inter alia, S.H. and Others v. Austria [GC], no. 57813/00, § 87, ECHR 2011, and Söderman, cited above, § 78). 160." (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS - GRAND CHAMBER - CASE OF OLIARI AND OTHERS V. ITALY P. 49. Tradução livre)

+1.b2 "Os princípios aplicáveis aos Estados obrigações positivas ou negativas sobre a Convenção são similares. No que diz respeito ao justo equilíbrio de interesses deve se ter em mente os interesses concorrentes entre o indivíduo e a comunidade como um todo, os objetivos do segundo parágrafo do art. 8, têm certa relevância neste sentido (ver Gaskin v. the United Kingdom, 7 July 1989, § 42, Series A no. 160, and Roche v. the United Kingdom [GC], no. 32555/96, § 157, ECHR 2005-X)." (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS - GRAND CHAMBER - CASE OF OLIARI AND OTHERS V. ITALY P. 49. Tradução livre)

1.1.b2 (RI) "A noção de "respeito" não é clara, especialmente na medida em que envolvem obrigações positivas: tendo em conta a diversidade das práticas segundo as quais os Estados Pertinentes executam, seus requisitos variam consideravelmente de caso em caso (vê Christine Goodwin v. the United Kingdom [GC], no. 28957/95, § 72, ECHR 2002-VI). No entanto, alguns fatores foram considerados relevantes para a avaliação do conteúdo dessas obrigações positivas estatais (vê Hämäläinen, citado acima, [...]) A relevância do presente caso é o impacto sobre o recorrente em uma situação em que haja discordância entre a realidade social e o direito, a coerência dos procedimentos administrativos e práticas no sistema legal interno sendo este um fator importante na avaliação efetuada nos termos do art. 8 (vê, mutatis mutandis, Christine Goodwin, cited above, §§ 77-78; I. v. the United Kingdom [GC], no. 25680/94, § 58, 11 July 2002, and Hämäläinen, cited above, § 66). (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS - GRAND CHAMBER - CASE OF OLIARI AND OTHERS V. ITALY P. 49. Tradução livre)

2.b2 " A corte observa que a Itália deve reconhecer e proteger essas relações, pois foi já dado tratamento nas suas cortes em mais elevados níveis, incluindo a Corte Constitucional e a Corte de Cassação [...] Em conclusão, a abstenção da prevalência de um interesse comunitário apresentado pelo Estado italiano contra a ideia de equilíbrio do interesse apresentado pelos recorrentes a luz das conclusões dos tribunais nacionais sobre o assunto permaneceu ignorado, o tribunal considera que o Estado italiano ultrapassou a sua margem de apreciação e não cumpriu sua obrigação positiva de assegurar que os candidatos dispusessem de um quadro jurídico específico que prevê o reconhecimento e proteção de uniões do mesmo sexo" (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS - GRAND CHAMBER - CASE OF OLIARI AND OTHERS V. ITALY P. 55-56. Tradução livre)

Ab2 (ENI) "Por conseguinte, houve violação ao artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos" (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS - GRAND CHAMBER - CASE OF OLIARI AND OTHERS V. ITALY P. 56. Tradução livre).

Sa " Por todos esses motivos, a corte, unanimemente:

1. Declara: Admite-se as queixas relacionadas com os artigos 8 do artigo 14 combinado com o artigo 8º e os demais pedidos inadmissíveis.
2. Decide que houve violação ao artigo 8 da Convenção Europeia de Direitos Humanos
3. Decide que não é necessário examinar o caso sob o Artigo 14 combinando com o artigo 8 da Convenção.
4. (a) que o Estado demandado deve pagar aos requerentes, em três meses da data em que a sentença se torna definitiva em conformidade com o Artigo 44 § 2 da Convenção, as seguintes quantidades: (i) EUR 5.000 (cinco mil euros) cada, mais qualquer imposto que possa ser exigível, por danos não pecuniários; (ii) EUR 4.000 (quatro mil euros), em conjunto, aos requerentes em pedido no. 18766/11, mais qualquer imposto que possa ser cobrado dos requerentes, quanto a custos e despesas; iii) 10 000 euros (dez mil euros), conjuntamente, aos requerentes em pedido no. 36030/11, mais qualquer imposto que possa

ser cobrado os requerentes, relativamente as custas e despesas, devem ser pagos diretamente as contas bancárias de seus representantes b) que, a partir do termo dos três meses acima referidos, até liquidação serão cobrados juros simples sobre os montantes acima uma taxa igual a taxa de empréstimo marginal do Banco Central Europeu durante o período de inadimplência mais três pontos percentuais;

5) É negado provimento ao restante do pedido das recorrentes por satisfação."; (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS - GRAND CHAMBER - CASE OF OLIARI AND OTHERS V. ITALY P. 56. Tradução livre)

(O esquema de Atienza aplicado ao caso: Oliari e outros vs. Itália do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Elaborado pelo autor)

Ao que se apura o TEDH encontrou um descompasso com as justificativas dadas pela corte suprema italiana e a Convenção Europeia de Direitos Humanos de tal modo que condenou a Itália a oferecer uma medida efetiva que garantisse as prerrogativas do casamento a pessoas do mesmo sexo.

Neste caso a análise feita pela ótica de Atienza não encontrou todos os elementos propostos na decisão do tribunal. A análise em questão revelou um grande aspecto técnico, existe uma clássica argumentação de subsunção analisada e julgada pelo tribunal, isso porque, diferentemente dos julgados da Corte constitucional italiana, os elementos dispostos nos levam a crer que este caso concreto se encaixa perfeitamente a uma norma geral da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

2.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 - Voto do Ministro Gilmar Mendes

Um dos marcos da jurisprudência do STF, a ADI 4.277, julgada em 2011, foi importante, pois considerou a possibilidade de casais homossexuais reverterem suas uniões civis ao casamento. O julgamento também é importante porquanto reconhece algo evidente, famílias LGBTQ+ sempre existiram, mas não tinham resguardo legal dos seus direitos.

Pa	"Eis o teor do dispositivo impugnado: Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada
-----------	--

na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - VOTO DO MINISTRO GILMAR MENDES - ADI 4.277 P. 1)

Qb (ENAI) Cabe interpretação conforme a Constituição o art. 1.723 do Código Civil brasileiro ?

SPb1 " Nesse sentido, deve-se indagar, inicialmente, acerca dos limites e das possibilidades de se legitimar tal pretensão a partir do pedido de interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil, nos termos em que formulado. Não é necessário muito esforço hermenêutico para se constatar, de pronto, que o pedido, tal como formulado, poderia suscitar sérios questionamentos quanto aos limites da utilização da técnica da interpretação conforme a Constituição, tema que instiga uma série de controvérsias na teoria constitucional e na prática dos Tribunais Constitucionais. ". (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - VOTO DO MINISTRO GILMAR MENDES - ADI 4.277 P. 4)

1.b1 "Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porém, a interpretação conforme a Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei, quanto da chamada vontade do legislador. A interpretação conforme a Constituição, por isso, apenas é admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto (Bittencourt, Carlos Alberto Lucio. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. 2 ed. Rio de Janeiro, p. 95) e se não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador (ADIn 2405-RS, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 17.02.2006; ADIn 1344-ES, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 19.04.2006; RP 1417-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 15.04.1988; ADIn 3046-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 28.05.2004). A prática demonstra que o Tribunal não confere maior significado a chamada intenção do legislador, ou evita investigá-la, se a interpretação conforme a Constituição se mostra possível dentro dos limites da expressão literal do texto (Rp. 1.454, Rel. Min. Octavio Gallotti, RTJ, 125:997; Rp. 1.389, Rel. Min. Oscar Corrêa, RTJ, 126:514; Rp. 1.399,

Rel. Min. Aldir Passarinho, DJ, 9 set. 1988). (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - VOTO DO MINISTRO GILMAR MENDES - ADI 4.277 P. 4-5. Tradução livre)

1.1.b1 "A eliminação ou a fixação, pelo Tribunal, de determinados sentidos normativos do texto quase sempre tem o condão de alterar, ainda que minimamente, o sentido normativo original determinado pelo legislador. Por isso, muitas vezes, a interpretação conforme levada a efeito pelo Tribunal pode transformar-se numa decisão modificativa dos sentidos originais do texto. A experiência das Cortes Constitucionais europeias – destacando-se, nesse sentido, a Corte Costituzionale italiana – (Cf. MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. La sentencia constitucional en Italia. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2003) – bem demonstra que, em certos casos, o recurso as decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos da norma constitui a única solução viável para que a Corte Constitucional enfrente a inconstitucionalidade existente no caso concreto, sem ter que recorrer a subterfúgios indesejáveis e a soluções simplistas – como a declaração de inconstitucionalidade total ou, no caso de esta trazer consequências drásticas para a segurança jurídica e o interesse social, a opção pelo mero não conhecimento da ação. " (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - VOTO DO MINISTRO GILMAR MENDES - ADI 4.277 P. 5)

2.b1 "Talvez o único argumento que pudesse justificar a tese da aplicação ao caso da técnica de interpretação conforme a Constituição seria a invocação daquela previsão normativa de união estável entre homem e mulher como óbice ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, como uma proibição decorrente daquele dispositivo. E, de fato, é com base nesse argumento que entendo pertinente o pleito trazido nas ações diretas de inconstitucionalidade" (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - VOTO DO MINISTRO GILMAR MENDES - ADI 4.277 P. 16)

NB1 "Assim, o entendimento que autoriza a interpretação conforme a Constituição no caso é que o dispositivo impugnado está sendo aplicado de forma generalizada para a proibição do reconhecimento da união

entre pessoas do mesmo sexo. Tanto é que, no pedido do Governador do Estado do Rio de Janeiro, formulou-se a impugnação das próprias decisões judiciais que assim teriam decidido. " (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - VOTO DO MINISTRO GILMAR MENDES - ADI 4.277 P. 17)

SPb2 " Parece-me que a questão central a ser considerada neste julgamento refere-se a legitimidade constitucional de reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo. Indaga-se, ainda, sobre a possibilidade de aplicação analógica do regime da união estável entre homem e mulher, diante da ausência de um modelo institucional mínimo de proteção da união homoafetiva. " (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - VOTO DO MINISTRO GILMAR MENDES - ADI 4.277 P. 18)

+1.b2 "É que, diante de um texto constitucional aberto, que exige novas aplicações, por vezes, nós nos encontramos diante dessas situações de lacunas, as vezes, de lacunas de caráter axiológico. Assim, se por acaso não pudermos aplicar a norma tal como ela está posta, poderíamos fazê-lo numa perspectiva estritamente analógica, aplicando-a naquilo que coubesse, naquilo que fosse possível. " (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - VOTO DO MINISTRO GILMAR MENDES - ADI 4.277 P. 42)

1.1.b2 (RI) O ministro cita o trabalho do jurista italiano Gustavo Zagrebelsky e conclui " que o pensamento a ser adotado, predominantemente em sede constitucional, há de ser o “pensamento do possível”. É o que nós temos no caso deste julgamento. O fato de a Constituição proteger, como já destacado pelo eminente Relator, a união estável entre homem e mulher não significa uma negativa de proteção – nem poderia ser – a união civil, estável, entre pessoas do mesmo sexo. [...] Em verdade, talvez seja Peter Häberle o mais expressivo defensor dessa forma de pensar o direito constitucional nos tempos hodiernos, entendendo ser o “pensamento jurídico do possível” expressão, consequência, pressuposto e limite para uma interpretação constitucional aberta (Häberle, P. Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken, in: Die

Verfassung des Pluralismus, Königstein/TS, 1980, p. 9). Nessa medida, e essa parece ser uma das importantes consequências da orientação perfilhada por Häberle, “uma teoria constitucional das alternativas” pode converter-se numa “teoria constitucional da tolerância” (Häberle, Die Verfassung des Pluralismus, cit., p. 6) " (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - VOTO DO MINISTRO GILMAR MENDES - ADI 4.277 P. 43-44)

- 2.b2** "A meu ver, se não fosse possível resolver a controvérsia aqui posta a luz da aplicação direta da disposição citada, do artigo 226, § 3º, poderíamos, sem dúvida, encaminhar a solução de reconhecimento da constitucionalidade da união homoafetiva a partir da aplicação do direito fundamental a liberdade de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da garantia de não discriminação dessa liberdade de opção, em concordância com outros princípios e garantias constitucionais que destaquei na fundamentação deste voto, a saber: os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III); os objetivos fundamentais de se construir uma sociedade livre, justa e solidária e de se promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV); a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II); a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantida a inviolabilidade do direito a liberdade e a igualdade (art. 5º, caput); a punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); bem como a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º) e a não exclusão de outros direitos e garantias decorrentes do regime constitucional e dos princípios por ela adotados ou incorporados por tratados internacionais (art. 5º, §2º). Além disso, é a falta (lacuna) de um modelo normativo de proteção institucional para a união homoafetiva que torna adequada a utilização do pensamento do possível para se aplicar norma existente – em termos de um modelo de proteção institucional semelhante – no que for cabível. Então, a meu ver, é preciso que nós, pelo menos, explicitemos essa questão delicada, porque ela se faz presente no nosso sistema. "

Ab2 (ENI) "Destaco que, em linhas gerais, estou de acordo com o pronunciamento do Eminentíssimo Ministro Relator Ayres Britto quanto ao resultado deste julgamento, embora esteja a pontuar aqui uma série de preocupações e de divergências em relação a fundamentação de seu voto, ou pelo menos algumas explicitações em relação a divergência de minha fundamentação. É que, como já mencionei aqui, entendo existirem fundamentos jurídicos suficientes e expressos que autorizam o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, não com base no texto legal (art. 1723 do Código Civil), nem com base na norma constitucional (art. 226, §3º), mas, sim, como decorrência de direitos de minorias, de direitos fundamentais básicos em nossa Constituição, do direito fundamental a liberdade de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da garantia de não discriminação dessa liberdade de opção (art. 5º, XLI, CF) – dentre outros explicitados em minha fundamentação –, os quais exigem um correspondente dever de proteção, por meio de um modelo de proteção institucional que até hoje não foi regulamentado pelo Congresso. " (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - VOTO DO MINISTRO GILMAR MENDES - ADI 4.277 P. 51-52)

Sa "Nesse sentido, diferentemente do que expôs o Ministro Relator Ayres Britto – ao assentar que não haveria lacuna e que se trataria apenas de um tipo de interpretação que supera a literalidade do disposto no art. 226, § 3º, da Constituição e conclui pela paridade de situações jurídicas –, evidenciei o problema da constatação de uma lacuna valorativa ou axiológica quanto a um sistema de proteção da união homoafetiva, que, de certa forma, demanda uma solução provisória desta Corte, a partir da aplicação, por exemplo, do dispositivo que trata da união estável entre homem e mulher, naquilo que for cabível, ou seja, em conformidade com a ideia da aplicação do pensamento do possível. [...] Neste caso, isto me parece muito claro, estamos a tratar de proteção dos direitos fundamentais. Sabemos – e isso foi dito de forma muito clara a partir de

algumas sustentações da tribuna e também foi destacado no voto do Ministro Relator – que a falta de um modelo institucional que proteja essa relação estimula e incentiva o quadro de discriminação. Então, é dever de proteção do Estado e, ultima ratio, é dever da Corte Constitucional e da jurisdição constitucional dar essa proteção se, de alguma forma, ela não foi engendrada ou concebida pelo órgão competente. Parece-me, conclusivamente, que não há exorbitância de nossa parte quando dizemos que a Corte está sendo chamada para decidir um caso que diz respeito aos direitos fundamentais e, no caso específico, de forma inequívoca, diz respeito a direitos de minoria. Neste ponto, ressalto uma passagem muito expressiva a qual já fiz menção quando discutimos o caso das células-tronco, a respeito do ensinamento de Robert Alexy, quando diz que “*o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional o representa argumentativamente*”. Então, com essas considerações, assentando, portanto, minhas divergências pontuais quanto a fundamentação e apontando a distinta perspectiva de leitura, mas, em convergência quanto ao resultado básico, acompanho o Relator. Gostaria apenas de destacar, mais uma vez, o magnífico trabalho por ele realizado e, também, o de todos os votos aqui proferidos. É como voto. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - VOTO DO MINISTRO GILMAR MENDES - ADI 4.277 P. 52-56)

A leitura do voto esquematizado revela que o voto do ministro Gilmar Mendes encontra uma oportunidade de não só exprimir a decisão favorável bem como justificar, sob um forte aparato argumentativo o papel do STF no caso, para tanto o ministro utiliza um artifício até então não verificado nas duas últimas análises, argumentos de autores estrangeiros. Tendo em vista essa peculiaridade se faz necessária uma análise desse elemento argumentativo para justificar sua tomada de decisão.

2.4– A análise dos casos sob a teoria da argumentação de Atienza.

Analisar uma decisão sob a metodologia de Atienza não é só representar os casos no esquema gráfico. Diante deste cenário, se faz necessária uma retomada as partes da argumentação propostas do Atienza a fim de se fazer uma análise sob os aspectos analíticos mais latentes do que foi decidido. Em síntese, Atienza leciona que existe uma série de estudos capazes de separar as partes de uma argumentação. Essas partes de estudo são categorias aproveitadas pelos estudos de MacCormick com algumas contribuições de Atienza.

O autor começa explicando que “Em relação com as partes ou elementos anteriores de um discurso judicial justificativo, tem uma particular importância identificar qual é o tipo de questão que caracterizava a controvérsia. Como se recordará, nisso se baseava a doutrina dos estados de causa que se pode considerar com um precedente do que hoje chamamos de casos difíceis”³⁶

Assim, o autor espanhol expõe um breve estudo sobre os elementos da argumentação em uma perspectiva histórica até retomar a MacCormick e diz “MacCormick (1978) elaborou uma tipologia de casos difíceis [...] Inicia com a ideia usual de que o esquema básico de justificação judicial (a justificação interna ou de primeiro nível) tem uma forma silogística (de um *modo ponens*) com duas premissas: uma normativa e uma fática. Pois os problemas podem surgir com relação a cada uma delas.”³⁷

Diante do exposto, o autor supracitado faz uma diferença entre as premissas fáticas e as normativas que são objeto de estudo dos casos do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Assim, elas apresentam dois tipos de dificuldades “1) problemas de interpretação, nos casos em que há acordo sobre qual norma – ou disposição – é aplicável, mas se discorda em relação a como se deve ser entendida, 2) problemas de relevância, quando existe uma dúvida em relação a se existe e qual norma é aplicável”³⁸ Estes são os aspectos aproveitáveis dessa tipologia aos casos estudados. Atienza adverte e faz críticas a MacCormick ao concluir que a tipologia proposta por MacCormick despreza os elementos processuais. Por isso a tipologia completa é apresentada com as seguintes categorias, (1) questões processuais, (2) questões de prova, (3) questões de qualificação, (4) questões de aplicação, (5) questões de validade, (6) questões de

³⁶ Ibidem p. 109

³⁷ Ibidem p. 110

³⁸ Idem

interpretação, (7) questões de discricionariedade, por último, (8) questões de ponderação.

Em síntese o primeiro caso analisado parece satisfazer o que seriam as questões de aplicação, nas palavras do autor “As questões de interpretação coincidem com as que MacCormick chama de questões de relevância, ou seja, trata-se de estabelecer se existe ou não uma norma, caso ela exista”³⁹. No caso da sentença italiana a corte afirma que não existe norma que garanta a união entre pessoas do mesmo gênero e que não há analogia no sistema italiano para interpretar casamentos feitos em outros Estados independentes, uma vez que, se feita pela corte seu papel constitucional estaria extrapolando o papel do parlamento em tratar o assunto.

Além do mais, a sentença constitucional italiana esbarra em outra questão proposta por Atienza, a de discricionariedade “Chamo de questões de discricionariedade (em sentido estrito) aquelas que surgem relacionadas com a interpretação de normas de fim: regras ou princípios (diretrizes). As normas de fim estabelecem que, dadas determinadas circunstâncias, um sujeito tem a obrigação de (ou está proibido ou permitido) alcançar um fim, um estado de coisas (valioso quando se trata de uma obrigação)”⁴⁰. A corte constitucional da Itália afirma que não pode dar a interpretação que os litigantes desejam em virtude de um dispositivo constitucional, porém dispensa a possibilidade de interpretar o dispositivo de maneira sincrônica com princípios da constituição italiana, como o da igualdade.⁴¹

A análise da decisão italiana nos permite compreender diferenças culturais no âmbito jurídico com, por exemplo, a decisão brasileira. A Corte Constitucional Italiana não argumentou em torno dos seus princípios, mas se reservou ao direito de não julgar a questão e defendeu, com base na constituição, sua impossibilidade de discricionariedade em tomar aquela decisão, passando a responsabilidade ao legislativo do país em uma resposta de manutenção da divisão dos poderes da república.

Ao seu turno, a decisão do TEDH ressalta a ideia dos princípios comunitários europeus dos quais a Itália, ao não reconhecer a questão por optar pela

³⁹ Ibidem p. 114

⁴⁰ Ibidem p. 118

⁴¹ Dispõe a constituição italiana “Art. 3º Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem discriminação de sexo, de raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais. Cabe a República remover os obstáculos de ordem social e económica que, limitando de facto a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, económica e social do País.”

discrecionarietà, desrespeitou ao evocar um elemento que não observasse em sua decisão seus tratados de direitos europeus. Por este motivo, ao que toca os elementos propostos por Atienza a decisão da TEDH é uma decisão tipicamente de validade. Nas palavras do autor “Esses critérios estão contidos em normas constitutivas: normas que conferem poder (quando se tratam de normas de origem deliberada) ou de normas puramente constitutivas (no caso do costume) [...] apareciam no caso concreto três elementos: a competência para ditar normas sobre certas matérias, certos sujeitos e certo âmbito espacial e temporal (X); a competência de um órgão para fazê-lo (Z) e o procedimento a seguir (Y)”,⁴²

Por fim, ao que diz respeito aos elementos da argumentação, a ADI brasileira o ponto destacado dentre os propostos é o de interpretação isso porque a decisão do ministro é repleta de preocupação com a validade do julgado. Atienza escreve “ O termo interpretação deve ser entendido aqui em um sentido estrito [...] o que aqui se entende por questão de interpretação é a que surge a propósito do texto de uma norma: Se T (que pode ser uma palavra ou enunciado) deve ser entendido no sentido T1 ou T2. Os problemas de interpretação são gerados por dúvidas relativas aos seguintes fatores [...] não é claro como deve ser entendido o texto de maneira compatível com os valores do ordenamento”,⁴³.

⁴² Ibidem p.115

⁴³ Ibidem p. 116 - 117

CAPÍTULO III - A avaliação das decisões destacadas.

3.1 Como avaliar os casos destacados a luz da teoria de Atienza?

Feita as considerações analíticas sobre o caso, a segunda etapa do trato argumentativo proposto por Atienza é a avaliação. Atribuir um juízo de valor é importante, pois é uma maneira de verificar se os tribunais por meio dos seus feitos estão de acordo com as perspectivas democráticas que lhes foram atribuídas.

Dessa maneira, ao executar um juízo de valor sobre a decisão judicial nos são oferecidas algumas pistas preliminares que validam uma decisão aceitável no Estado Democrático de Direito. O autor defende que esta validade é verificada nas decisões em que existe a argumentação em que se percebem os enfrentamentos as questões jurídicas em um critério de correção lógico-jurídico da decisão, ou seja, uma decisão considerada como adequada é aquela que cumpre a critérios formais e substantivos, o juízo de valor empregado na decisão depende de qual campo da argumentação está sendo analisado, a avaliação é uma atividade contextual em que existem critérios objetivos de avaliação sendo que estes diferem a partir das instituições jurídicas.⁴⁴

Dessa maneira, é importante destacar que a avaliação que se fará aqui está mais relacionada com os aspectos materiais da argumentação, isso porque nas decisões estudadas, não existem exatamente muitas considerações a serem feitas no aspecto formal, a passagem das premissas as conclusões. Nestes casos específicos não se encontrou um espaço apartado, pois o aspecto latente da questão é de ordem material, o que foi dito pelos argumentadores ao defender, diante a lógica jurídica, a existência ou não do direito pleiteado pelos demandantes. Ao que diz respeito aos aspectos pragmáticos em torno da exclusão de proteção da cidadania LGBTQ+ é sensível os artifícios evocados nas sentenças, que também podem ser lidos nesta avaliação, mas de forma secundária.

Avaliar uma decisão judicial tem limites e seus critérios de análise podem sofrer inferências quanto aos critérios materiais e pragmáticos. Os céticos do direito criticam Atienza ao pontuar que não pode haver critérios objetivos para se verificar a qualidade das decisões judiciais já que não existe um consenso sobre qual é a solução para um caso

⁴⁴ ATIENZA, Manoel. **Curso de Argumentação Jurídica**. Trad. de Claudia Roesler - 1ª ed. - Curitiba: Alteridade 2017.p. 121 - 123

jurídico. Ao seu turno, Atienza rebate essas críticas ao dizer que: 1) não é consenso sobre uma resposta correta no direito, existem dúvidas sobre uma questão em ser resolvida corretamente, 2) a objetividade do direito é diferente daquela de outras ciências, 3) a crítica cética quanto a objetividade também não é um consenso, e por fim, 4) negar a objetividade ao direito é reconhecer a falta de existência de possíveis críticas as decisões judiciais oferecendo aos juízes uma supremacia incontestável de suas decisões.⁴⁵ Em linhas gerais, o que o autor propõe é uma avaliação de acordo com a percepção subsuntiva típica das argumentações jurídicas.

Dos debates recentes travados no campo jurídico acadêmico, um de grande destaque tem sido o que se verificou com a tese da única resposta correta. Em linhas gerais, Atienza faz algumas considerações e admite essa hipótese em alguns casos específicos. Em primeiro lugar afirma Atienza de que ela só é aceita pelos resultados da atividade jurisdicional, em segundo ela não pode ser aceita apenas com um sim ou não, depende de um processo gradativo que preencha a determinados requisitos⁴⁶. O enfoque dado aqui para a avaliação operacionaliza segundo a teoria contemporânea da argumentação em torno dos princípios e os giros linguísticos e pragmáticos do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, as decisões que versam sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo só podem ter uma resposta correta, um dos critérios exaltados, nas palavras do autor “ 4) Existe uma única resposta correta, pois o direito não é somente um conjunto de regras, mas uma prática orientada por princípios e valores. A resposta correta é aquela que, respeitando os materiais jurídicos, fornece a melhor interpretação possível dos fins e valores que definem a prática.”⁴⁷

Destaca-se que a resposta correta então aos casos do casamento entre pessoas do mesmo sexo é aquela que figura lésbicas e gays como sujeitos de direito tão iguais quanto as pessoas de sexos diferentes que queiram contrair casamento, isto é, que os coloquem no centro da problemática a ser resolvida pelos tribunais e pelo ornamento jurídico como cidadãos e cidadãos de plena igualdade e dignidade de direitos aos heterossexuais, uma vez que, segundo os ordenamentos jurídicos contemporâneos não é tolerada a discriminação em razão da orientação sexual.

Diante deste cenário, sedimenta-se a ideia de que existe objetividade no direito, por isso existem critérios para sua avaliação. Dessa forma, nos são feitas algumas

⁴⁵ Ibidem p. 125 - 127

⁴⁶ Ibidem p. 127 - 129

⁴⁷ Ibidem p. 128

considerações sobre esses critérios mais importantes e também problemáticos, são eles: 1) a universalidade 2) a coerência 3) a adequação das consequências 4) a moral social 5) a moral justificada.

De início, a universalidade “se aplica tanto em relação a problemas normativos quanto a problemas de fato e, na realidade, está também implícito no próprio esquema de justificação interna [...] Neste sentido, é um requisito de caráter lógico, ou seja, se não tivéssemos, como premissa, um enunciado normativo universal [...] não poderíamos inferir um enunciado normativo particular.”⁴⁸ Estas afirmações demonstram, por exemplo, que as razões da avaliação não se encaixam precisamente no tipo formal da teoria proposta, a não ser é claro em casos de flagrante erro judicial do pensamento por subsunção.

Além disso, Atienza explica que a universalidade deve ser expandida ao máximo a fim de encontrar a regra fundamental do discurso racional. “Em relação aos problemas normativos, o que se quer então dizer com a universalidade [...] é que o seu critério utilizado para construir a premissa normativa, a *ratio decidendi*, não pode ser *ad hoc*”⁴⁹ Ou seja, a universalidade, não pressupõe um fim para a discussão, além do mais explica o autor que não se deve confundir a universalidade com a *generalidade* uma vez que a universalidade pode ser encontrada em normas muito específicas, tal como a definição de casamento ser uma figura do direito civil única e exclusiva entre um homem e uma mulher, e nem por isso pode ser estendida a todos os fenômenos dos quais a norma se propõe a regular, ou seja, o casamento entre pessoas de sexo diferentes é apenas uma das hipóteses de configuração do casamento.

O segundo critério proposto por Atienza é o de coerência. O sentido empregado para a coerência por Atienza é um sentido mais estrito que não está intimamente relacionado com uma consistência lógica. Este critério está intimamente relacionado com a relação entre os princípios e valores do ordenamento. Entretanto essa noção é relativa, pois os ramos do direito têm diferenças que se explicam por valores diferentes, a sistemática penal é diversa da sistemática civil por exemplo. A coerência também é o que justifica as duas formas mais próprias de argumentar no direito, a pela dedução e pela analogia.⁵⁰

⁴⁸ Ibidem p.. 131

⁴⁹ Idem p. 131

⁵⁰ Ibidem P.132 - 134

O terceiro critério trazido pelo autor citado diz respeito a adequação das consequências. Isto é, diferentemente da coerência que se volta ao passado do complexo jurídico, a adequação se volta ao futuro. Esse tipo de argumento é bastante utilizado em diversas matérias de direito, por motivos óbvios, alguns julgados podem sofrer modulações quanto seu conteúdo a partir de um jogo pragmático de valores que se atribui ao direito.⁵¹

O direito e a moral se relacionam de maneira estreita, mas não se confundem. Assevera Atienza que a moral não exige qualquer contraprestação, enquanto que o direito sim e deve obedecer a um ordenamento jurídico. O quarto critério do professor espanhol para a avaliação de decisões judiciais é o da moral social, nas palavras do autor “O apelo a moral social (a noções, valores, característicos da moral social) está incorporado de modo explícito, ocasionalmente, em normas jurídicas.”⁵² Esta conclusão é destacada, por exemplo, na avaliação da Sentença 138 de 2010 da Corte Constitucional Italiana. Além disso, sobre a moral social o mencionado autor assevera que o juiz não pode ignorar as convenções sociais, pois ocupa uma posição institucional e que argumentar em torno da moral é um recurso persuasivo eficaz. Argumentar pela moral social traz a ideia de democracia, ao menos para o senso comum que a percebe como a vontade da maioria, aos julgados por optar pelos valores sociais predominantes podem encontrar uma série de questionamentos e excluem o papel contramajoritário e defensor de minorias, portanto sendo de fato democrático ao aglutinar um rol de direitos que se expanda a demandas que estejam de acordo com as bases fundantes da sociedade.

Ainda sobre o uso da moral social Atienza pontua “Entretanto, isso não é inteiramente satisfatório, por várias razões: 1) pode ocorrer que não seja fácil saber qual a opinião majoritária a respeito ou que, simplesmente, não haja uma opinião claramente majoritária 2) não se pode destacar a possibilidade de que essas opiniões, mesmo sendo majoritárias, sejam expressões de preconceitos que vão contra os próprios valores do ordenamento.”⁵³

Ademais, o autor constantemente citado diz reconhece que a decisão pontuada pela moral social se constrói em uma situação em que os julgadores optam por um artifício persuasivo perante a sociedade, isso porque esses argumentos apelam a opinião

⁵¹ Ibidem p. 134 - 137

⁵² Ibidem p. 137

⁵³ Ibidem p. 138

pública e a noção do senso comum de democracia, mas que a moral social não constitui o melhor dos meios por estes mesmos motivos “3) o apelo a democracia, a opinião da maioria, por céticos ou relativistas morais, não parece está bem justificado: se não há critérios objetivos em matéria moral, tampouco o será aquele baseado na democracia, na opinião das maiorias 4) as Constituições contemporâneas [...] incorporam um código moral [...] que não é a moral estabelecida”⁵⁴

O último critério de avaliação das decisões é o da moral justificada. De início, o autor mencionado faz duas objeções para a utilização deste critério para a avaliação, o primeiro deles é que não se faz necessária o seu uso ou ainda não se deve utilizá-lo. O segundo é de que não é possível utilizá-lo. Atienza explica que a primeira objeção ao uso da moral justificada é porque ela se conecta com dogmas do positivismo entre conseguir fazer a separação entre a moral e o direito, mas essa concepção é mais tênue do que se imagina, por vezes impossível de ser traçada. O autor admite que os valores da constituição encontram-se resguardados em uma noção política e moral, assim os critérios que remetem a avaliação de uma decisão judicial têm que ser de uma argumentação jurídica e não moral uma vez que existe uma diferença entre o objetivismo moral, que não equivale ao realismo da moral, ou seja a pretensão social de estabelecer a sociedade por meio da moral não se sustenta, é necessário algo que seja mais geral, como por exemplo o ordenamento jurídico que também se afasta do absolutismo moral.⁵⁵

Expostos todos os critérios ainda cabem algumas considerações. Eles não solucionam por si só todos os problemas de avaliação das decisões jurídicas. Apesar de encontrarem uma série de críticas relacionados a sua precisão o autor defende seu posicionamento prático de que as decisões merecem ser avaliadas. Os critérios propostos por Atienza podem ser demasiados difíceis de aplicação, por vezes, impossíveis. As sugestões feitas em torno dos critérios de avaliação não são exaustivas. Além disso, os critérios dependem da ideia de razoabilidade e aceitabilidade, ou seja, a argumentação a ser avaliada passa, primeiramente, pelo crivo da análise onde se verifica sua passagem por um processo argumentativo que gera efeitos na vida social, este produto tem pontos de base para se atingir um novo acordo crítico da noção de

⁵⁴ Ibidem p. 138

⁵⁵ Ibidem p.139 - 140

operabilidade, validade e pragmaticidade da decisão.⁵⁶ Diante do exposto se fará uma avaliação com os pontos propostos por Atienza que mais se destacam em cada caso.

3.1.1 Sentença n. 138 de 2010 da Corte Constitucional Italiana.

Preliminarmente, a avaliação da argumentação da sentença italiana mostra que existe um descompasso entre o direito e a moral. O argumento latente a essa percepção é encontrado no ponto 1.1.b2 (RI) do esquema, reproduzido em parte: "Em essência, a inteira disciplina do instituto, contida no código civil e na legislação especial, postula a diversidade de sexo dos cônjuges, em âmbito de <uma consolidada e ultramilenar noção de casamento> como revela a jurisdição do Tribunal de Veneza. "⁵⁷ (LA CORTE COSTITUZIONALE - SENTENZA N. 138 ANNO 2010, p. 20). Aqui se vislumbra que a decisão pode ser considerada como anacrônica a teoria da argumentação standard, pois prevalece um entendimento não principiológico ao problema, se argumenta em torno das normas a um problema que não é percebido como simplesmente legal e sim moral com objetivos de ruptura da cidadania.

Pelo motivo acima, a avaliação da sentença se dá majoritariamente pelo critério indesejado de avaliação pela moral social. A fim de se investigar a origem dessa moral, já que este parece ser o problema central dos casos que proíbem o casamento entre pessoas do mesmo sexo, se fará uma rápida revisão bibliográfica sobre o assunto.

No mundo, a Itália é o país que, assim como o Brasil, compartilha sua história de maneira muito próxima com a da igreja católica. A própria unificação da Itália como Estado moderno na época do *Risorgimento* mostra que este estreitamento é verossímil e verificado pela influência que a moral cristã é impregnada e diluída ao sistema jurídico.

A obra *Homofobia, história e crítica de um preconceito* do professor de direito privado da universidade Paris X, Nanterre, Daniel Borrillo é uma coletânea de estudos sobre a homofobia. Dentre os tópicos tratados, Borrillo investiga a origem deste preconceito e concluiu com base nos estudos de F. Valdes, que a fonte do heterossexismo e da homofobia se assentam no pensamento judaico-cristão, afirmando que assim como os greco-romanos as elites judaico-cristãs acreditavam na superioridade

⁵⁶ Ibidem p. 141 - 144

⁵⁷ (LA CORTE COSTITUZIONALE - SENTENZA N. 138 ANNO 2010, p. 20).

do masculino, derivando daí a ordem patriarcal. Entretanto as elites judaico-cristãs introduziram a abstinência que modificou o paradigma da sexualidade.⁵⁸

Ademais, afirma o autor que a partir dessa consideração sobre a sexualidade masculina o homem teria seu status medido no ato sexual reprodutor no âmbito do casamento religioso, logo as práticas (em particular a homossexualidade) estéreis constituíam como a configuração mais acabada do pecado contra a natureza. Além do mais, tendo em vista diversas passagens bíblicas em que existem narrativas homossexuais, a ordem religiosa tratou de realizar leituras incompletas e preconceituosas a fim de inferiorizar as pessoas homossexuais e lhes retirar, até os dias de hoje sua percepção como indivíduo integralizado na sociedade⁵⁹.

Borrillo afirma que a tradição homofóbica da igreja se aperfeiçoa através dos tempos, mas é a partir da escolástica de Tomás de Aquino em *Suma Teleológica*, que carrega uma sistematização de acordo com a visão aristotélica do mundo que deduz que o prazer sexual só é legítimo se, e somente se, não for acompanhado de um ato que entrave a reprodução humana⁶⁰.

Ao que tange a obra de Borrillo ainda cabe destacar que para o autor a homofobia se estabelece em uma estrutura psíquica do tipo autoritária e uma organização social que considera a heterossexualidade monogâmica como ideal no plano sexual e afetivo, por isso mesmo é tão necessário um exercício quotidiano no seu enfrentamento⁶¹. A partir dessa constatação é perceptível a importância da teoria de *queer* proposta por Judith Butler, por exemplo, ao afirmar que a heterocissexualidade deve ser desmascarada e tida como um processo de construção social da supremacia masculina frente à feminina, as noções de gênero, portanto, devem ser extintas uma vez que os papéis de gênero podem ser performados indistintamente do gênero.

Retomando a posição eclesiástica da Igreja como agente que difundiu a homofobia de maneira institucionalizada, uma leitura contemporânea da exortação apostólica do papa Francisco reforça que até nos dias de hoje a igreja mantém seu posicionamento de que pessoas do mesmo sexo não podem se casar. Nas próprias palavras da exortação apostólica:

⁵⁸ BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito** [tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira]. - Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010. - (Ensaio Geral, um) p.. 47

⁵⁹ Ibidem p. 47-48

⁶⁰ Ibidem p. 53

⁶¹ Ibidem p.87

“250. A Igreja conforma o seu comportamento ao do Senhor Jesus que, num amor sem fronteiras, Se ofereceu por todas as pessoas sem exceção. 275 Com os Padres sinodais, examinei a situação das famílias que vivem a experiência de ter no seu seio pessoas com tendência homossexual, experiência não fácil nem para os pais nem para os filhos. **Por isso desejo, antes de mais nada, reafirmar que cada pessoa, independentemente da própria orientação sexual, deve ser respeitada na sua dignidade e acolhida com respeito, procurando evitar « qualquer sinal de discriminação injusta »²⁷⁶ e particularmente toda a forma de agressão e violência.** As famílias, por sua vez, deve-se assegurar um respeitoso acompanhamento, para que quantos manifestam a tendência homossexual possam dispor dos auxílios necessários para compreender e realizar plenamente a vontade de Deus na sua vida. 251. **No decurso dos debates sobre a dignidade e a missão da família, os Padres sinodais anotaram, quanto aos projetos de equiparação ao matrimónio das uniões entre pessoas homossexuais, que não existe fundamento algum para assimilar ou estabelecer analogias, nem sequer remotas, entre as uniões homossexuais e o desígnio de Deus sobre o matrimónio e a família.** É «inaceitável que as Igrejas locais sofram pressões nesta matéria e que os organismos internacionais condicionem a ajuda financeira aos países pobres a introdução de leis que instituem o “matrimónio” entre pessoas do mesmo sexo». ⁶²⁾ Grifos meus.

A Igreja Apostólica Romana não fala em casamento e sim em matrimônio, pois este termo é o que designaria a união sagrada entre um homem e uma mulher para fins reprodutivos. O trecho acima destacado também é um exemplo de como se comporta a lógica, ou falta de, da moral social. A regra geral cristã de que Jesus ama sem fronteiras e que independentemente da orientação sexual os indivíduos merecem ser acolhidos, respeitados e não podem passar por situações de violência ou agressão, mas que não existe fundamento algum para se equiparar as uniões heterossexuais as homossexuais, pois a garantia argumentativa é que este não é o desígnio de Deus sobre o matrimônio e a família, ou seja, o amor outrora sem fronteiras encontra uma vontade de amor de um ser supremo e transcendental.

Os conflitos até agora trazidos para a avaliação a partir de um critério que diz respeito a moral social endossam a ideia de Atienza de que o direito tem como plano de fundo a moral que o resguarda e cria nas sociedades suas aplicações. A corte constitucional se utiliza de um preceito que a resguarda de tomar uma decisão declaratória de direitos, atribuindo ao parlamento à responsabilidade da questão, mas se utilizando da moral de maneira ostensiva na sua decisão. A decisão em tela é inadequada ao Estado Democrático de direito, porque opera no liame anacrônico de que pessoas do mesmo sexo, pelos motivos observados anteriormente, não podem a partir de uma tradição moral constituir casamento.

62<http://w2.vatican.va/content/dam/francesco/pdf/apost_exhortations/documents/papa-francesco_esortazione-ap_20160319_amoris-laetitia_po.pdf>

Entretanto, não é porque a corte julgou contrariamente ao direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo que ela não é uma corte que tenha sensibilidade aos direitos LGBTQ+. Existe sim uma jurisprudência neste sentido nas Cortes italianas. Ao que tange as questões LGBTQ+ “Mais recentemente, a Suprema Corte (SC nº 16.417/2007) concluiu que a homossexualidade deve ser reconhecida como uma condição que deve ser protegida em conformidade com as previsões constitucionais; dessa abordagem deriva que a liberdade sexual deve ser entendida também como a liberdade de viver sem interferência e restrições as preferências sexuais que são uma expressão do direito de implementação da personalidade, protegido pelo art. 2 da Constituição.”⁶³.

Dessa forma

3.1.2 Oliari e Outros vs. Itália do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Neste julgamento o elemento avaliativo destacado é o da coerência, entre a norma geral do direito comunitário europeu, portanto supranacional, frente ao direito interno italiano. Interessante notar que a decisão cita inclusive o caso brasileiro como paradigma na interpretação constitucional⁶⁴.

Dessa forma, o TEDH concluiu que é incoerente a manutenção de se eximir de qualquer forma de regulação sobre a questão, ou seja, a Itália não foi condenada a reconhecer o casamento entre pessoas do mesmo gênero, mas a reconhecer que deveria haver algum tipo de regulamento neste sentido já que os poucos que haviam eram

⁶³ MEZZETTI, Luca. **Direitos Humanos na Itália, entre a suprema corte, a corte constitucional e as cortes supranacionais**. Revista de Direito de São Bernardo do Campo. 2013. Disponível em < <http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/viewFile/12/9> Acessado em 06.04.17 as 19:00 > p. 167

⁶⁴ “On 5 May 2011 Brazil’s Supreme Tribunal Federal (STF) interpreted Brazil’s Constitution as requiring that existing legal recognition of ‘stable unions’ (cohabitation outside marriage) include same-sex couples.² On 25 October 2011 Brazil’s Superior Tribunal de Justiça (STJ) ruled in Recurso Especial no. 1.183.378/RS that, in the absence of an express prohibition (as opposed to authorization) of same-sex marriage in Brazilian law, two women could convert their ‘stable union’ into a marriage under Article 1726 of the Civil Code (“A stable union can be converted into a marriage at the request of the partners before a judge and following registration in the Civil Registry”). On 14 May 2013, relying on the decisions of the STF and the STJ, the Conselho Nacional de Justiça (CNJ, which regulates the judiciary but is not itself a court, Resolução No. 175) ordered all public officials authorised to marry couples, or to convert ‘stable unions’ into marriages, to do so for same-sex couples. A constitutional challenge to the resolution of the CNJ by the Partido Social Cristão has been pending in the STF since 7 June 2013: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4966. It seems likely that the STF will endorse the reasoning of the STJ and the CNJ.” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS - GRAND CHAMBER - CASE OF OLIARI AND OTHERS V. ITALY P. 39-40.)

meramente simbólicos e essa falta de proteção, por coerência ao direito comunitário europeu, deveria constar do ordenamento italiano.

Das decisões estudadas, o TEDH foi o que demonstrou um maior objetivismo ao tratar do assunto. O TEDH foi capaz de compreender que os direitos humanos, em especial os direitos LGBTQ+ fazem parte de um rol mínimo na concepção de direitos dos membros do Conselho da Europa.

Atienza afirma que o critério de coerência está ligado a uma consistência lógica em que existe uma compatibilidade entre uma relação de valores, princípios e teorias. O autor problematiza a coerência ao asseverar que ela é relativa, o que quer dizer é que depende do ponto inicial a ser analisado⁶⁵. O TEDH tem como ponto de partida o direito comunitário europeu e como visto através da análise a justificativa são, diferentemente da decisão da corte constitucional italiana, um argumento jurídico distante da moral social e próximo ao que seria um argumento jurídico geral, por isso a técnica aplicada pelo tribunal é tipicamente de subsunção, logo adequada ao direito que se convencionou pelos estados europeus.

3.1.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 - Voto do Ministro Gilmar Mendes

De maneira geral, o voto do ministro Gilmar Mendes é sincero com os objetivos da corte. O voto do ministro Gilmar assume um papel quase que oposto ao que a corte constitucional italiana concluiu. Através da citação aos pensadores do direito, inclusive aqueles da TAJ, a corte teria a legitimidade de julgar da forma como estava procedendo na questão.

Dos pontos trazidos a avaliação proposta por Atienza destaca-se neste voto a categoria da universalidade. Pelo que coube no esquema de análise proposto, o ponto 2.b2 do ministro elenca uma série de princípios e normas constitucionais que embasam seu voto no sentido de demonstrar a necessidade de estender o direito a casais do mesmo sexo.

O que corrobora com as ideias de Atienza quando o autor faz a separação do que seria uma generalidade e uma universalidade. O professor espanhol afirma que neste critério, o da universalidade, reside à noção de Perelman da regra formal de justiça, ou

⁶⁵ ATIENZA, Manoel. **Curso de Argumentação Jurídica**. Trad. de Claudia Roesler - 1ª ed. - Curitiba: Alteridade 2017. P.134

seja, tratar igualmente os seres pertencentes a uma mesma categoria.⁶⁶ Em linhas gerais o voto do ministro atende as expectativas do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, o que de forma alguma significa que o Judiciário legislou sobre o assunto ou criou este direito, apenas o argumentou a fim de verificar de forma a tornar esta uma norma universal e coerente com o sistema jurídico brasileiro que não admite qualquer forma de discriminação e preza pela dignidade da pessoa humana.

Após todos os casos terem suas avaliações aqui registradas se evidenciou que os critérios que Atienza desenvolveu em sua metodologia são importantes, mas que são meramente auxiliares, uma vez que a análise por fim se resume a uma questão de conformidade ou não com o Estado Democrático de Direito, aproximando as ideias de direito, estado e constituição.

3.2 Como argumentar nas decisões que tratam do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo?

O marco teórico escolhido para este trabalho defende que é possível traçar uma rota para que se compreendam os problemas jurídicos, uma vez que a forma da argumentação segue padrões muitas vezes previsíveis. Em apertada síntese, segundo o autor, o juiz argumenta no sentido de controlar o que entra ou não em um processo, enquanto que o advogado e as outras figuras processuais pretendem encaixar situações pertinentes ao processo e que merecem ser provadas ao crivo jurídico.⁶⁷

Em linhas gerais, o professor espanhol assevera que os problemas jurídicos se caracterizam na medida em que se encontram relações entre motivações e compromissos de um sistema de normas aos seus efeitos práticos, isto é, a escolha adequada de instrumentos processuais para que se alcance o mérito da ação jurídica. Além disso, o autor mencionado cita que é característica comum do direito acreditar que com enunciados mais ou menos precisos são capazes de criar simplificação das situações, então a escolha estratégica dos direitos a serem questionados também é algo de muita valia para o sucesso das demandas. Segundo Atienza, é importante que se tenha também uma visão matizada das soluções propostas pelo direito, assim, o direito é um sistema de percepção de moral, por isso não deve ser visto apenas pelo enfoque

⁶⁶ Ibidem p. 132

⁶⁷ Ibidem P. 145 - 147

estratégico da máquina jurídica, mas bem como da linguagem e de técnicas da linguagem.⁶⁸

Atienza acredita que um problema argumentativo do direito segue a divisão clássica da retórica para ser solucionado, ou seja, as etapas da *inventio*, *intellectio*, *dispositio*, *elocutio*, *memoria e actio*, somadas de maneira dinâmica com as seguintes fases: 1) identificar e analisar um problema 2) propor uma solução 3) a comprovação e a revisão do problema e 4) a redação de um texto que seja capaz convencer o auditório.⁶⁹ A partir desses conhecimentos o processo toma forma, empreende-se dentro de um rito específico e se fortalece como instrumento de possibilidades de ação.

Pelo motivo acima, resta claro a importância não só das discussões em torno da prática dos tribunais, mas também do debate público sobre os problemas do direito das minorias. Ao que se apura, nos casos do casamento entre pessoas do mesmo gênero, ao seguir as observações dadas pelo professor espanhol, a forma argumentativa se daria de maneira prática mais ou menos na seguinte configuração: primeiramente a identificação e análise do problema, explicado como a *intellectio* na determinação do processo. Como visto pelas análises, os códigos civis dos dois países consideram o casamento apenas como a união entre um homem e uma mulher, este eram os problemas primários.

Por conseguinte, segundo a proposta de Atienza o próximo passo, seria a proposta de uma solução, o momento em que o juiz formula o problema de forma clara e precisa aqui a ideia da única resposta correta opera de maneira regulativa.⁷⁰ Aplicada ao caso seria o equivalente a pensarmos se os sistemas constitucionais oferecem instrumentos para que o problema fosse resolvido de maneira a permitir este direito, mais precisamente se existe uma norma constitucional superior aos códigos cíveis que julguem aquele dispositivo materialmente inferior.

Neste ponto é importante notar que no caso brasileiro a estratégia sugerida pelos litigantes não é o pedido expresso ao direito de oficializar matrimônio e sim o de pedir a equiparação de uniões estáveis homossexuais as heterossexuais, em virtude do Art. 1.726. A união estável poderá ser convertida em casamento, posteriormente a Resolução Nº 175 de 2013 do CNJ que consolidou a prática nos cartórios.

Por fim, o último passo para o sucesso da demanda é a elaboração da redação de um texto jurídico, basicamente é a escrita de uma petição na dinâmica jurídica. É

⁶⁸ Ibidem P 147-149

⁶⁹ Ibidem p.149 - 150

⁷⁰ Ibidem p. 151 - 152

equivalente ao que se conhece na tradição retórica como a *dispositio* e a *elocutio*. Atienza defende que a *inventio* é corrente em todas as etapas do discurso, entretanto admite que a proposta de seguimento daquelas regras da retórica serão melhor aplicadas em discursos orais. Adverte o autor que uma argumentação extensa é uma má argumentação e que serve para dificultar a visão do direito como um empreendimento racional⁷¹.

De um modo geral, até aqui o paradigma que auxiliou o desenvolvimento desta monografia. Como pode ser notado o autor central, Manuel Atienza, faz uma espécie de coletânea das diversas teorias da argumentação o que torna este um ponto inicial de grande usabilidade. Até então se viu como a análise e a avaliação dos argumentos pode ser útil para a compreensão e crítica de uma decisão jurídica e do funcionamento das cortes em casos específicos, servindo de maneira satisfatória tanto a análise como a avaliação dos casos propostos.

⁷¹ Ibidem p. 155- 156

Conclusão

Segundo Atienza, um bom trabalho dogmático deve identificar um problema jurídico e as razões que o levam a ser tratado. A partir disso deve-se proceder a uma análise de diversas perspectivas e o que o provocou, por conseguinte é indispensável que se faça uma verificação se este mesmo problema é encontrado em outros sistemas jurídicos para se examinar como a questão fora resolvida.⁷² Em linhas gerais, este foi o objetivo desta monografia.

De início, os casos foram selecionados por se apresentarem como ícones na tratativa dos tribunais ao direito do casamento entre pessoas do mesmo sexo. A decisão italiana foi escolhida em virtude da sua latente expressividade em torno de um tema bastante contumaz, a relação entre direito e moral, além de, diferentemente das outras, ter sido uma decisão declaratória da negativa de direitos.

Por sua vez, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos apresentou em seu julgado uma decisão com alto rigor técnico que pode ser constatado a partir de um objetivismo singularizado. Ao seu turno, o voto do ministro Gilmar Mendes contrapõe a ideia da corte italiana, sendo inclusive citada pelo TEDH como um bom marco a decisão do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

No que trata da avaliação dos casos presentes, as sugestões categóricas de Atienza são pertinentes, mas a avaliação em si foi tratada de uma maneira mais simples. Considerou-se como item avaliativo maior a questão de ajustamento da decisão aos ideias do Estado Democrático de Direito. Pelo que se constataram, os estudos da argumentação jurídica funcionam como uma lupa de observação e crítica ao fenômeno do direito. Ao que se verificaram, estes estudos, em especial com as considerações do marco teórico adotado a teoria do professor Manoel Atienza, funcionam de maneira satisfatória para compreender como se comportaram os tribunais nestes casos específicos. Entretanto, por si só, a atividade argumentativa não é suficiente para explicar a dinâmica de funcionamento do direito. Existem aspectos que saltam a TAJ e parece que como uma atividade crítica da atividade dos tribunais deve extrapolar o conhecimento jurídico, como a história e a sociologia.

Consoante ao referencial escolhido se constata que modo de tratar o casamento entre pessoas do mesmo sexo nas atividades dos tribunais ainda encontra resquícios de

⁷² Ibidem p. 187

elementos morais, e uma breve consulta histórica revela que o poder eclesiástico ainda exerce uma influência anacrônica aos direitos LGBTQ+, mas que tende a ruir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATIENZA, Manoel. **Curso de Argumentação Jurídica**. Trad. de Claudia Roesler - 1^a ed. - Curitiba: Alteridade 2017.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito** [tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira]. - Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010. - (Ensaio Geral, 1)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI N. 4.277. **Voto do Ministro Gilmar Mendes**. Maio 2011. < BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI N. 4.277. **Voto do Ministro Gilmar Mendes**. Maio 2011 Acessado em 07.05.2019 as 17h30min >

BUTLER, J. **Problemas de Gênero. Feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2012

CRUZ, Paulo Márcio e ROESLER, Claudia (Orgs.) **argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. (Diálogos dos coautores com Manuel Atienza em cada capítulo).

ITÁLIA. Corte Costituzionale. **Sentenza n. 138 2010**. (tradução livre) Inteiro Teor. Março 2010. < [HTTPS://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2010&numero=138](https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2010&numero=138) Acessado em 15.05.2019 as 18h00min >

_____. Costituzione (1947). **Costituzione della Repubblica Italiana**. Roma: Senato della Repubblica, 1947. Disponível em: < [HTTPS://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf](https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf) Acessado em 15.04.2019 as 15h30min >

_____. **Código civil** (Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262). Codice Civile < <http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile> >

MEZZETTI, Luca. **Direitos Humanos na Itália, entre a suprema corte, a corte constitucional e as cortes supranacionais**. Revista de Direito de São Bernardo do Campo. 2013. Disponível em < <http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/viewFile/12/9> Acessado em 06.04.19 as 19:00. >

MONTESQUIEU. **L'Esprit des lois**. Paris, Ellipses, 2003.

NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2011

PAPA FRANCESCO. **Amoris Laetitia**. Libreria editrice Vaticana, Vaticano 2016 Disponível em, acessado dia 23.11 de 2018 as 15hrs < http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/apost_exhortations/documents/papa-francesco_esortazione-ap_20160319_amoris-laetitia.html >

TRIBUNAL Europeu de Direitos Humanos. **Caso Oliari e outros vs. Itália**. (tradução livre) Julho 2015.